روضة الطالبين

وعمدة المفتين

للإمام النووي

الجزء السابع

إشراف
زهير الشاويش

المكتب الإسلامي

الطبعة الثالثة
١٤١٢هـ / ١٩٩١م



بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - برقيًا : اسلاميا - تلكس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمّان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب النكاح

وفيه أبواب .

[الباب] **الأول** : في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره . قال الأئمة : هي أربعة أضرب .

أحدها : ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات ، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات ، فلن يتقرّب المتقرّبون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم.

قلت : قال إمام الحرمين هنا : قال بعض علمائنا : الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة ، واستأنسوا فيه بحديث . والله أعلم

فمن ذلك ، صلاة الضحى ، ومنه الأضحية ، والوتر ، والتهجّد ، والسواك ، والمشاورة على الصحيح في الخمسة .

والأرجح : أن الوتر غير التهجد .

قلت : جمهور الأصحاب، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ.قال القفال : وهو أن يصليَ في الليل وإن قلّ .

وحكى الشيخ أبو حامد : أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ ، كما نسخ في حق غيره،وهذا هو الأصح أو الصحيح . وفي

« صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه [١] . والله أعلم

وكان عليه ﷺ ، إذا رأى منكراً أن يغيّره ، لأن الله تعالى وعده بالعصمة.
قلت : قد يقال : هذا ليس من الخصائص، بل كلّ مكلف تمكّن من إزالته، لزمه تغييره ، ويجاب عنه بأن المراد أنه لايسقط عنه للخوف ، فانه معصوم ، بخلاف غيره . والله أعلم

وكان عليه ﷺ ، مصابرة العدوّ وإن كثر عددهم .

وكان عليه ﷺ ، قضاء دين من مات من المسلمين معسراً . وقيل : كان يقضيه تكرّماً . وفي وجوب قضاء دين المعسر على الامام من مال المصالح، وجهان.
وقيل : كان يجب عليه ﷺ إذا رأى شيئاً يعجبه أن يقول : لبيك إن العيش عيش الآخرة .

وأما في النكاح ، فأوجب الله سبحانه وتعالى عليه ﷺ تخيير نسائه بين مفارقته واختياره . وحكى الحناطي وجهاً أن هذا التخيير كان مستحباً ، والصحيح الأول . ولمّا خيرهن ، اخترنه والدارَ الآخرة ، فحرّم الله تعالى عليه ﷺ التزويج عليهن والتبدّل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن ، فقال تعالى : (لايحل لك النساء من بعدُ ولا أن تبدّل بهن من أزواج) [الأحزاب:٥٢] ثم نسخ ذلك لتكون المنّة لرسول الله ﷺ بترك التزويج عليهن ، بقوله تعالى : (إنا أحللنا

---

(١) هو ما رواه مسلم في « صحيحه » عن عائشة رضي الله عنها قالت : إن الله افترض قيام الليل في أول هذه السورة (تعني « يا أيها المزمل ») فقام نبي الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه حولا حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف ، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضته .

لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن...) الآية [الأحزاب: ٥٠] وهل حرّم عليه ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه ؟ فيه أوجه . أصحها : لا ، والثاني : نعم . والثالث : يحرم عقيب اختيارهن ، ولا يحرم إن انفصل . ولو فرض أن واحدة منهن اختارت الدنيا ، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار ؟ وجهان . أصحها : لا . وهل كان جوابهن مشروطاً بالفور ؟ وجهان . أصحها : لا . فان قلنا بالفور ، فهل كان يمتد بامتداد المجلس ، أم المعتبر مايعدّ جواباً في العرف؟ وجهان . وهل كان قولها : اخترت نفسي ، صريحاً في الفراق ؟ فيه وجهان .

وهل كان يحلّ له ﷺ التزويج بها بعد الفراق ؟ وجهان .

الضرب الثاني : ما اختص به من المحرّمات ، وهي قسمان .

أحدهما : المحرمات في غير النكاح ، فمنها الزكاة ، وكذا الصدقة على الأظهر. وأما الأكل متكئاً ، وأكل الثوم والبصل والكرّاث ، فكانت مكروهة له ﷺ على الأصح . وقيل : محرّمة . ومما عُدّ من المحرمات ، الخط والشعر ، وإنما يتجه القول بتحريمها ممن يقول : إنه ﷺ كان يحسنها . وقد اختلف فيه ، فقيل : كان يحسنها لكنه يمتنع منها ، والاصح أنه كان لايحسنها .

قلت : ولا يمتنع تحريمها وإن لم يحسنها . والمراد تحريم التوصل إليها .

والله أعلم

وكان يحرم عليه ﷺ ، إذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يلقى العدوّ ويقاتل، وقيل : كان مكروهاً لامحرّماً . والصحيح الاول . وقيل : بناءً عليه أنه كان لايبتدىء تطوعاً إلاّ لزمه إتمامه .

وكان يحرم عليه ﷺ مدّ العين إلى ما متّع به الناس ، ويحرم عليه خائنة

الاذين ، وهي الايماء إلى مباح من قتل أو ضرب ، على خلاف مايظهره ويشعر به الحال . وقال صاحب « التلخيص » : ولم يكن له أن يخدع في الحرب ، وخالفه الجمهور . وفي « الجرجانيات » ذكر وجهين ، في أنه هل كان يجوز له أن يصلي على من عليه دين ؟ وهل كان يجوز أن يصلي مع وجود الضامن ؟

قلت : الصواب الجزم بجوازه مع الضامن ، ثم نسخ التحريم ، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له ، ويوفيه من عنده . والأحاديث الصحيحة مصرّحة بما ذكرته (١) . والله أعلم

القسم الثاني : المحرمات المتعلقة بالنكاح . فمنها : إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح . وقيل : إنما كان يفارقها تكرّماً . ومنها : نكاح الكتابية على الأصح ، وبه قال ابن سريج والقاضي أبوحامد والاصطخري . وقال أبوإسحاق : ليس بحرام ، ويجري الوجهان في التسرّي بالأمة الكتابية ونكاح الأمة المسلمة ، لكن الأصح في التسرّي بالكتابية ، الحِلّ . وفي نكاح المسلمة ، التحريم . قالوا : ولو قدر نكاح أمة ، كان ولده منها حرّاً على الصحيح مع تجويزنا جريان الرق على العرب . وفي لزوم قيمة هذا الولد وجهان . قال أبو عاصم : نعم . وقال القاضي حسين : لا ، بخلاف ولد المغرور بحرية أمه ، لأنه فوت الرق بظنه ، وهنا الرق متعذّر . وأما الأمة الكتابية ، فكان نكاحها محرماً عليه على المذهب . وطرد الحناطي فيه الوجهين .

---

(١) روى مسلم عن أبي هريرة رضي الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين ، فيسأل : هل ترك لدينه من قضاء ، فان حدث أنه ترك وفاء ، صلى عليه ، وإلا قال : « صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله عليه الفتوح قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم . فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه ، ومن ترك مالا فهو لورثته » .

الضرب الثالث : التخفيفات والمباحات . وما أبيح له ﷺ دون غيره قسمان. أحدهما : متعلق بغير النكاح ، فمنه الوصال في الصوم ، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها ، ويقال لذلك المختار : الصفيّ والصفيّة ، والجمع : الصفايا .

ومنه ، خمس خمس الفيء والغنيمة ، وأربعة أخماس الفيء ، ودخول مكة بغير إحرام ، نقله صاحب « التلخيص » وغيره . ومنه ، أنه لايورَث ماله . ثم حكى الامام وجهين . أحدهما : أن ماتركه باقٍ على ملكه ، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حياته . قال : وهذا هو الصحيح . والثاني : أن سبيل ماخلّفه سبيل الصدقات ، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته ؟ وأنه إذا صار وقفاً ، هل هو الواقف لقوله ﷺ : « ما تركنا صدقة »[1] ؟ وجهان .

قلت : كل هذا ضعيف ، والصواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ ، وأن ماتركه فهو صدقة على المسلمين لايختص به الورثة . وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ : « لانورث ماتركناه فهو صدقة » ؟ فهذا نص على زوال الملك .

والله أعلم

وهذه الخصلة ، عدها الغزالي من هذا الضرب ، وعدها الأكثرون من الضرب الرابع . ومنه ، أنه ﷺ كان له أن يقضيَ بعلمه ، وفي غيره خلاف . وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب ، وأن يشهد لنفسه ولولده ، وأن يقبل شهادة من يشهد له،

(١) رواه البخاري ١٢/ ٤ ،ومسلم ٣/١٣٧٩ بلفظ « لانورث ماتركنا صدقة » ورواه الترمذي بلفظ « نحن معاشر الانبياء لانورث ماتركناه صدقة » وقال : هذا حديث حسن صحيح .

وأن يحمي الموات لنفسه ، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالكها المحتاج إليها إذا احتاج إليها ، وعلى صاحبها البذل ، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله ﷺ ، قال الله تعالى : (النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم) [الأحزاب : ٦] .

قلت : ومثله ما ذكره الفوراني وابرهيم المرّوذي وغيرهما ، أنه لو قصده ظالم، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ . والله أعلم

وكان لاينتقض وضوؤه ﷺ بالنوم مضطجعاً ، وحكى أبو العباس فيه وجهاً غريباً ضعيفاً ، وحكى وجهين في انتقاض طهره باللمس .

قلت : المذهب الجزم بانتقاضه باللمس . والله أعلم

وحكي أيضاً صاحب « التلخيص » : أنه كان يحل له ﷺ دخول المسجد جنباً ، ولم يسلّمه القفال له ، بل قال : لا أظنه صحيحاً .

قلت : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، قد يحتج له بما رواه الترمذي عن عطية عن أبي سعيد [الخدري] رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ « يا علي لايحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك » قال الترمذي : حديث حسن غريب لانعرفه إلا من هذا الوجه . قال الترمذي : قال ضرار بن صرد ، معناه : لايحل لأحد يستطرقه جنباً غيري وغيرك ، وهذا التأويل الذي قاله ضرار ، غير مقبول . وقال إمام الحرمين : هـذا الذي قاله صاحب « التلخيص » هوس لايدرى من أين قاله ، وإلى أي أصل أسنده . قال : فالوجه : القطع بتخطئته ، وهذا كلام من لم يعلم الحديث المذكور ، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية ، فانه ضعيف عند جمهور المحدّثين ، لكن قد حسنه الترمذي ، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه

كما تقرر لأهل هذا الفن ، فظهر ترجيح قول صاحب « التلخيص »[1].

واعلم أن معظم هذه المباحات ، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة له.

القسم الثاني : المتعلق بالنكاح ، فمنه الزيادة على أربع نسوة . والأصح أنه لم يكن منحصراً في تسع ، وقطع بعضهم بهذا ، وينحصر طلاقه ﷺ في الثلاث ، وينعقد نكاحه ـ بلفظ الهبة ـ ﷺ على الأصح فيهما . وإذا انعقد بلفظ الهبة ، لم يجب مهر بالعقد ولا بالدخول ، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح . قال الأصحاب : وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة ، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً ، وفي « المجرد » للحناطي وغيره وجه غريب : أنه يجب المهر . ومنه ، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة ، فان كانت خليَّة ، لزمها الاجابة على الصحيح ، ويحرم على غيره خطبتها . وإن كانت مزوجة ، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح . ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود ، وفي حال الاحرام

---

(١) حديث علي هذا ضعيف السند من أجل عطية العوني ، وهو في « مصابيح السنة » للبغوي ، و « مشكاة المصابيح » للخطيب التبريزي ، وقد قال الحافظ ابن حجر في أجوبته عن أحاديث وقعت في « مصابيح السنة » ووصفها أبو حفص عمر بن علي بن عمر القزويني بالوضع ، وقد قام بطبعها المكتب الاسلامي وجعلها في آخر « مشكاة المصابيح » : وقد ورد من طرق كثيرة صحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بسد الابواب الشارعة في المسجد ، إلا باب علي ، فشق على بعض الصحابة ، فأجابهم بعذره في ذلك . قال : وقد ورد ذلك في حديث طويل لابن عباس أخرجه أحمد والطبراني بسند جيد . قال : وقد وقع في بعض الطرق من حديث أبي هريرة أن سكنى علي كانت مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ، يعني مجاورة المسجد . أخرجه أبو علي في « مسنده » ، قال : وورد لحديث أبي سعيد (يريد هذا الحديث) شاهد نحوه من حديث سعد بن أبي وقاص ، أخرجه البزار من رواية خارجة بن سعد عن أبيه ، ورواية ثقات ، والله أعلم. انظر « مشكاة المصابيح » ٣/٣١٥ ، ٣١٦ طبع المكتب الاسلامي .

على الأصح في الجميع . وفي وجوب القسم بين زوجاته ، وجهان . قال الاصطخري :لا. والأصح عند الشيخ أبي حامد والعراقيين والبغوي : الوجوب ، وأكثر هذه المسائل وأخواتها ، تتخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن النكاح في حقه ﷺ، هل هو كالتسري في حقنا ؟ إن قلنا : نعم ، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق ، وانعقد بالهبة ومعناها ، وبلا ولي وشهود ، وفي الاحرام ، ولم يجب القسم ، وإلا انعكس الحكم .

وكان له ﷺ تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها ، وتزوجها لنفسه ، وتولي الطرفين بغير إذنها و[لا] إذن وليها . قال الحناطي : ويحتمل أنه إنما كان يحل باذنها ، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين .

قلت : هذا الوجه حكاه البغوي ، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب ، وغلطوا من ذكره . بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره .

والله أعلم

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته ؟ فيه وجهان بناءً على المهر .

قلت : الصحيح الوجوب . **والله أعلم**

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى،لقوله في قصة زينب امرأة زيد : (فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها)[الاحزاب:٣٧]وقيل : بل نكحها بنفسه . ومعنى الآية : أحللنا لك نكاحها . وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها؟ وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين أختها وأمها وبنتها على المذهب . وحكى الحناطي فيه وجهين ، وأعتق ﷺ صفية وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها . فقيل : معناه : أعتقها وشرط أن ينكحها ، فلزمها

الوفاء، بخلاف غيره . وقيل : جعل نفس العتق صداقاً ، وجاز ذلك، بخلاف غيره .
قلت : وقيل : معناه : أعتقها بلا عوض ، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعده، وهذا أصح . والله أعلم

الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والاكرام ، فمنه أن زوجاته اللاتي توفي عنهن - رضي الله عنهن - محرمات على غيره أبداً، وفيمن فارقها في الحياة أوجه . قال ابن أبي هريرة : يحرم ، وهو المنصوص في أحكام القرآن، لقول الله تعالى : (وأزواجه أمهاتهم) [الاحزاب : ٦] . والثاني ، يحل . والثالث : يحرم الدخول بها فقط . قال الشيخ أبو حامد : هو الصحيح .
قلت : الأول أرجح . والله أعلم

فان حرمنا ، ففي أمة يفارقها بالموت أو غيره بعد وطئها وجهان . ولو فرض أن بعض المخيَّرات اختارت الفراق ، ففي حلها لغيره طريقان . قال العراقيون : فيها الأوجه ، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل ، لتحصل فائدة التخيير، وهو التمكن من زينة الدنيا ، وهذا اختيار الامام، والغزالي . ومنه ، أن أزواجه أمهات المؤمنين ، سواء من ماتت تحته ﷺ ، ومن مات عنها وهي تحته ، وذلك في تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن وطاعتهن ، لا في النظر والخلوة ، ولا يقال : بناتهن أخوات المؤمنين ، ولا آباؤهن وأمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين ، ولا إخوتهن وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم . وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يطلق اسم الاخوة على بناتهن ، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن، لثبوت حرمة الأمومة لهن ، وهذا ظاهر لفظ « المختصر » .
قلت : قال البغوي : كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء ، روي ذلك

عن عائشة رضي الله عنها (١) ، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول ، أن النساء لايدخلن في خطاب الرجال . وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات ، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال . قال البغوي : وكان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً . وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا : لايجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين، لقول الله تعالى: (ما كان محمد أبا أحد من رجالكم) [الاحزاب: ٤٠] قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، أي : في الحرمة . ومعنى الآية : ليس أحد من رجالكم ولد صلبه . والله أعلم

ومنه ، تفضيل زوجاته على سائر النساء ، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفاً ، ولايحل أن يسألهن أحد شيئاً إلا من وراء حجاب ، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة.

قلت : وأفضل زوجاته ﷺ ، خديجة ، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي: واختلفوا أيتهما أفضل . والله أعلم

ومنه ، في غير النكاح ، أنه خاتم النبيين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، وأمته خير الأمم ، وشريعته مؤبَّدة وناسخة لجميع الشرائع ، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل ، وأقيم بعده حجة على الناس ، ومعجزات سائر الأنبياء

---

(١) قال ابن كثير في التفسير : وهل يقال لهن : أمهات المؤمنات فدخل النساء في جمع المذكر السالم تغليباً ? فيه قولان ، صح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لايقال ذلك ، قال : وهذا أصح الوجهين في مذهب الشافعي رضي الله عنه .

انقرضت ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت له الأرض مسجداً ،وترابها طهوراً ، وأحلت له الغنائم ، ويشفع في أهل الكبائر .

قلت : هذه العبارة ناقصة أو باطلة ، فان شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر ، فان لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً .

أولاهن : الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء ، كما ثبت في الحديث الصحيح ، حديث الشفاعة (١) .

والثانية : في جماعة ، فيدخلون الجنة بغير حساب .

والثالثة : في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها .

والرابعة : في ناس دخلوا النار ، فيخرجون .

والخامسة : في رفع درجات ناس في الجنة ، وقد أوضحت ذلك [كلَّه] في « كتاب الايمان » من أول « شرح صحيح مسلم » رحمه الله ، والشفاعة المختصة به ﷺ ، هي الأولى والثانية ، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً .

والله أعلم

وبعث ﷺ إلى الناس كافة ، وهو سيد ولد آدم ، وأول من تنشق عنه الأرض ، وأول شافع ومشفَّع ، وأول من يقرع باب الجنة ، وهو أكثر الأنبياء أتباعاً ، وأمته معصومة لاتجتمع على ضلالة ، وصفوفهم كصفوف الملائكة . وكان لاينام قلبه ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قدّامه ، وتطوّعه بالصلاة قاعداً كتطوعه قائماً وإن لم يكن عذر ، وفي حقّ غيره ثواب القاعد النصف .

---

(١) انظر حديث الشفاعة العظمى بطوله في « صحيح البخاري » ٨/ ٣٠٠ و « صحيح مسلم » ١/ ١٨٤ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قلت : هذا قد قاله صاحب « التلخيص » ، وتابعه البغوي ، وأنكره القفال ، وقال : لا يعرف هذا ، بل هو كغيره ، والمختار الأول ، لحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال : « أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً ، فقلت : حدثت يا رسول الله أنك قلت: « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً : قال : « أجل ولكني لست كأحدكم » رواه مسلم في « صحيحه »[1].

والله أعلم

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، ولا يخاطب سائر الناس ، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته ، ولا أن يناديَه من وراء الحجرات ، ولا أن يناديَه باسمه فيقول : يا محمد ، بل يقول : يا رسول الله ، يا نبي الله ، ويجب على المصلي إذا دعاه ، أن يجيبه ، ولا تبطل صلاته . وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنه لا يجب ، وتبطل به الصلاة ، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه ، ومن زنا بحضرته أو استهان به ، كفر .

قلت : في الزنا ، نظر . **والله أعلم**

وأولاد بناته ينسبون إليه ، وأولاد بنات غيره ، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها.

---

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن عبد الله بن عمرو قال : حدثت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة » قال : فأتيته فوجدته يصلي جالساً ، فوضعت يدي على رأسه ، فقال : « مالك يا عبد الله بن عمرو ؟ » قال : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً ؟! قال : « أجل ولكني لست كأحد منكم » .

قلت : كذا قال صاحب « التلخيص » وأنكره القفال وقال : لا اختصاص في انتساب أولاد البنات . **والله أعلم**

وقال ﷺ : « كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة ، إلا سببي ونسبي »(١) قيل : معناه : أن أمته ينتسبون إليه يوم القيامة ، وأمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم. وقيل : ينتفع يومئذ بالنسبة إليه ، ولا ينتفع بسائر الأنساب. وقال ﷺ « تسمّوا باسمي ، ولا تكتنوا بكنيتي »(٢) وقال الشافعي رضي الله عنه : ليس لأحد أن يكتنيَ بأبي القاسم ، سواء كان اسمه محمداً ، أم لا ، ومنهم من حمله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية ، وجوز الافراد ، ويشبه أن يكون هذا أصح ، لأن الناس مازالوا يكتنون به في جميع الاعصار من غير إنكار .

قلت : هذا الذي تأوّله الرافعي واستدل به فيها، ضعيف ، وهذه المسأله فيها ثلاثة مذاهب . أحدها : مذهب الشافعي، وهو ما ذكره . والثاني : مذهب مالك: أنه يجوز التكني بأبي القاسم لمن اسمه محمد ولغيره . والثالث : يجوز لمن اسمه محمد دون غيره . ومن جوز مطلقاً ، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله ﷺ ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي ، وأن اليهود تكنّوا به ، وكانوا ينادون: يا أبا القاسم ، فاذا التفت النبي ﷺ قالوا: لم نعنك ، إظهاراً للايذاء ، وقد زال ذلك

---

(١) رواه الطبراني ، والحاكم ، والبيهقي ، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ورواه الطبراني عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وعن المسور بن مخرمة رضي الله عنه قال الحاكم : صحيح ، وقال الذهبي : بل منقطع، وقال الهيثمي : رواه الطبراني ورجاله ثقات .

(٢) رواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، والنسائي ، وابن ماجه عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، ورواه أحمد ، والبخاري ، ومسلم ، وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه .

المنى ، وهذا المذهب أقرب ، وقد أوضحته مع مايتعلق به في كتاب « الأذكار » وكتاب « الأسماء » (١) .

وما يتعلق بهذا الضرب ، أن شَعره ﷺ طاهر على المذهب وإن نجّسنا شعر غيره ، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته ، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق ، وأن الهدية له حلال ، بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور من رعاياهم .

وأعطي جوامع الكلم . ومن خصائصه ﷺ ، ماذكره صاحب « التلخيص » والقفال قالا : كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي ، ولاتسقط عنه الصلاة ولا غيرها . وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر ، فقضاهما بعد العصر ، ثم واظب عليهما بعد العصر . وفي اختصاصه بهذه المداومة ، وجهان . أصحهما : الاختصاص. ومنها : أنه لايجوز الجنون على الأنبياء ، بخلاف الاغماء . واختلفوا في جواز الاحتلام ، والأشهر امتناعه . ومنها ، أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً. وأن الشيطان لايتمثل في صورته (٢) ، ولكن لايعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالاحكام ، لعدم ضبط الرائي ، لا للشك في الرؤية ، فان الخبر لايقبل إلاّ من ضابط مكلَّف ، والنائم بخلافه .

ومنها ، أن الأرض لاتأكل لحوم الأنبياء ، للحديث الصحيح في ذلك (٣) .

---

(١) يريد به « تهذيب الأسماء واللغات » .

(٢) روى أحمد ، والبخاري ، والترمذي عن أنس بن مالك رضي الله عنه ، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من رآني ، فقد رآني ، فان الشيطان لايتمثل بي » وروى أحمد ، والبخاري ، ومسلم عن أبي قتادة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من رآني فقد رأى الحق ، فان الشيطان لايتزيا بي » . أي : لايظهر في زيي ، وفي رواية « فان الشيطان لايتكونني » أي : لايتكلف كوناً مثل كوني.

(٣) روى أبو داود بسند صحيح ، وأحمد ، والنسائي ، والدارمي ، وابن ماجه ، =

ومنها قوله ﷺ في الحديث : « إن كذباً عليّ ليس ككذب على أحد »(١) . فالكذب عمداً عليه من الكبائر ، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور . وقال الشيخ أبو محمد : هو كفر . ولنختم الباب بكلامين .

أحدهما : قال إمام الحرمين :قال المحققون : ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد ، فانه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة ، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بدّاً من إثبات حكم فيه ، فان الأقيسة لا مجال لها ، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص ، وما لا نص فيه ، فتقدير اختيار فيه ، هجوم على الغيب من غير فائدة .

والكلام الثاني : قال الصيمري : منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص، لأنه أمر انقضى ، فلا معنى للكلام فيه . وقال سائر أصحابنا : لا بأس به ، وهو الصحيح ، لما فيه من زيادة العلم ، فهذا كلام الأصحاب ، والصواب الجزم بجواز ذلك ، بل باستحبابه . بل لو قيل بوجوبه ، لم يكن بعيداً ، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذاً بأصل التأسي ، فوجب بيانها

= والحاكم عن أوس بن أوس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن من أفضل أيامكم يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه قبض ، وفيه النفخة ، وفيه الصعقة، فأكثروا علي من الصلاة فيه ، فان صلاتكم معروضة علي » قالوا : يا رسول الله وكيف تعرض صلاتنا عليك وقد أرمت ؟ قال : « يقولون : بليت » قال : « إن الله حرم على الارض أن تأكل أجساد الانبياء » .

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحيها » عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن كذباً علي ليس ككذب على أحد، فمن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار».

لتعرف فلا يعمل بها ، وأي فائدة أهم من هذه ؟! وأما مايقع في ضمن الخصائص مما لافائدة فيه اليوم ، فقليل لاتخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه . والله أعلم

الباب الثاني
في مقدمات النكاح

وفيه فصول .

[الفصل] الأول : فيمن يستحب له النكاح .

الناس ضربان ، تائق إلى النكاح ، وغيره .

فالتائق ، إن وجد أهبة النكاح ، استحب له ، سواء كان مقبلاً على العبادة ، أم لا. وإن لم يجدها ، فالاولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم ، فان لم تنكسر به ، لم يكسرها بالكافور ونحوه ، بل يتزوج .

وأما غير التائق ، فان لم يجد أهبة ، أو كان به مرض أو عجز ، بجبٍّ أو تعنين أو كبر ، كره له النكاح لما فيه من التزام مالا يقدر على القيام به من غير حاجة . وإن وجد الأهبة ، ولم يكن به علة ، لم يكره له النكاح ، لكن التخلي للعبادة أفضل . فان لم يكن مشتغلاً بالعبادة ، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره ، وأصحها : النكاح أفضل كيلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش . والثاني : تركه أفضل ، لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه . وحكي وجه : أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة . وفي شرح « مختصر » الجويني وجه : أنه إن خاف الزنا ، وجب عليه النكاح . وقال القاضي أبو سعد الهروي : ذهب بعض أصحابنا بالعراق ، إلى أن النكاح فرض كفاية ، حتى لو امتنع منه أهل قطر ، أجبروا عليه .

قلت : الوجه المحكيّ عن شرح الجويني ، لايحتم النكاح ، بل يخيّر بينه وبين التسرّي ، ومعناه ظاهر . والله أعلم

الفصل الثاني : إذا أراد النكاح ، فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر ، والولود أولى ، والنسيبة أولى ، والتي ليست بقرابة قريبة أولى ، وذات الدين أولى.
قلت : وبعد الدين ، ذات الجمال والعقل أولى ، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية ، والمستحب أن لايزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة ، ويستحب أن لايتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة ، قاله المتولي . وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنهم . قال أصحابنا : ويستحب أن يتزوج في شوال ، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها [في ذلك] (١) . والمستحب ، أن لايتزوجها إلاّ بعد بلوغها ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة .

والله أعلم

فرع

إذا رغب في نكاحها ، استحب أن ينظر إليها لئلا يندم . وفي وجه: لايستحب

---

(١) روى أحمد ، ومسلم ، والنسائي عن عائشة رضي الله عنها قالت : تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال ، وبنى بي في شوال ، فأي نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أحظى عنده مني ؟ وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال .

هذا النظر ، بل هو مباح . والصحيح الاول ،للأحاديث (١) .ويجوز تكرير هذا النظر ليتبيّن هيئتها ، وسواء النظر باذنها وبغير إذنهـا . فان لم يتيسر النظر ، بعث امرأة تتأملها وتصفها له ، والمرأة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت تزوجه ، فانه يعجبها منه مايعجبه منها ، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطناً ، ولاينظر إلى غير ذلك . وحكى الحناطي وجهين في المفصل الذي بين الكفّ والمعصم . وفي « شرح مختصر الجويني »وجه : أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل . والصحيح الاول . قال الامام : ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لغرض التزوج ، ووقت هذا النظر ، بعد العزم على نكاحها، وقبل الخطبة، لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها ، هذا هو الصحيح . وقيل : ينظر حين تأذن في عقد النكاح . وقيل : عند ركون كل واحد منهما إلى صاحبه ، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة .

---

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم ، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الانصار ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنظرت إليها ؟ » قال : لا ، قال :« فاذهب فانظر اليها فان في أعين الانصار شيئاً » .

وروى أحمد ، والترمذي ، والنسائي ، وابن ماجه ، والدارمي عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : خطبت امرأة ، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل نظرت إليها ؟ » قلت : لا ، قال : « فانظر إليها ، فانه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وروى أحمد بسند حسن ، وأبو داود في«سننه» عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا خطب أحدكم المرأة ، فان استطاع أن ينظر إلى مايدعوه إلى نكاحها فليفعل » .

قلت : وإذا نظر فلم تعجبه ، فليسكت ، ولا يقل : لا أريدها، لأنه إيذاء .

والله أعلم

الفصل الثالث : في أحكام النظر .

جرت العادة بذكره هنا ، وله حالان . أحدهما : أن لاتمس الحاجة إليه .

والثاني : أن تمس .

و[**الحال**]**الاول** : أربعة أضرب ، نظر الرجل إلى المرأة ،وعكسه ، والرجل إلى الرجل ، والمرأة إلى المرأة .

[**الضرب**] **الاول** : نظر الرجل إلى المرأة ، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقاً، وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة . وإن لم يخف ، فوجهان ، قال أكثر الأصحاب لاسيما المتقدمون : لايحرم ، لقول الله تعالى : (ولايبدين زينتهن إلا ما ظهر منها) [الأحزاب:٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين ، لكن يكره ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره . والثاني :يحرم ، قاله الاصطخري وأبو علي الطبري ، واختاره الشيخ أبو محمد ،والامام ، وبه قطع صاحب « المهذب » والروياني ، ووجهه الامام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات ، وبأن النظر مظنّة الفتنة ، وهو محرّك للشهوة ، فاللائق بمحاسن الشرع ، سد الباب فيه ، والاعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوة بالاجنبية . ثم المراد بالكف ، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم . وفي وجه : يختص الحكم بالراحة . وأما أخمصا القدمين ، فعلى الخلاف السابق في ستر العورة . وصوتها ليس بعورة على الأصح ، لكن يحرم الاصغاء إليه عند خوف الفتنة . وإذا قرع بابها ، فينبغي أن لاتجيب بصوت رخيم ، بل تغلظ صوتها .

قلت : هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها ، كذا قاله أصحابنا . قال إبراهيم المروذي : طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك . والله أعلم

هذا كله إذا كان الناظر بالغاً فحلا ، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية .ثم الكلام في ست صور .

إحداها : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، لاحجاب منه . وفي المراهق وجهان . أحدهما : له النظر ، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة (١)، فعلى هذا ، نظره كنظر المحارم البالغين . وأصحها : أن نظره كنظر البالغ إلى الاجنبية ، لظهوره على العورات . ونزّل الامام أمر الصبي ثلاث درجات . إحداها : أن لايبلغ أن يحكيَ مايرى . والثانية : يبلغه ولا يكون فيه ثَوَران شهوة وتشوُّف. والثالثة : أن يكون فيه ذلك . فالاول حضوره كغيبته ، ويجوز التكشف له من كل وجه . والثاني : كالمحرم . والثالث : كالبالغ . واعلم أن الصبي لاتكليف عليه، وإذا جعلناه كالبالغ ، فمعناه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه ، كما يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً .

قلت : وإذا جعلنا الصبي كالبالغ ، لزم الولي أن يمنعه النظر ، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات . والله أعلم

[الصورة] **الثانية**: في الممسوح وجهان . قال الاكثرون : نظره إلى الاجنبية ، كنظر الفحل إلى المحارم ، وعليه يحمل قول الله تعالى : (أو التابعين غيرِ أولي الاربة من الرجال) [الأحزاب:٣١] .والثاني : أنه كالفحل مع الاجنبية ، لانه يحل له نكاحها .

---

(١) قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ، من قبل صلاه الفجر ، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ، ثلاث عورات لكم ، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليهن بعضكم على بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم).

قلت : والمختار في تفسير « غير أولي الاربة » أنه المغفَّل في عقله الذي لا يكترث للنساء ولا يشتهين ، كذا قاله ابن عباس وغيره . والله أعلم

وأما المجبوب الذي بقي أنثياه ، والخصي الذي بقي ذكره ، والعنين ، والمخنث وهو المشبه بالنساء ، والشيخ الهِمّ ، فكالفحل ، كذا أطلق الاكثرون . وقال في « الشامل » : لا يحل للخصي النظر ، إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا المخنث . وأطلق أبو مخلد البصري المتأخر في الخصي والمخنث وجهين .

قلت : هذا المذكور عن « الشامل » قاله شيخه القاضي أبو الطيب ، وصرح بأن الشيخ الذي ذهبت شهوته ، يجوز له ذلك ، لقوله تعالى : (أو التابعين غير أولي الاربة) [الأحزاب : ٣١] . والله أعلم

[الصورة]الثالثة : مملوك المرأة مَحرَمٌ لها على الاصح [عند الاكثرين] .

قلت : وهو المنصوص ، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى ، قال القاضي حسين : فان كاتبته ، فليس بمحرم . والله أعلم

[الصورة]الرابعة : إذا كان المنظور إليها أمة ، فثلاثة أوجه . أصحها فيما ذكره البغوي والروياني : يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما سواه ، لكن يكره . والثاني : يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره . والثالث : أنها كالحرة ، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي .

قلت : قد صرح صاحب « البيان » وغيره ، بأن الامة كالحرة وهو مقتضى إطلاق كثيرين ، وهو أرجح دليلاً . والله أعلم

[الصورة] الخامسة : في النظر إلى الصبية، وجهان . أحدهما : المنع . والاصح الجواز ، ولافرق بين عورتها وغيرها ، لكن لاينظر إلى الفرج .

قلت : جزم الرافعي ، بأنه لاينظر الى فرج الصغيرة . ونقل صاحب « العدة » الاتفاق على هذا، وليس كذلك ، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لاتشتهى ، والصغير ، وقطع به في الصغير إبراهيم المروذي . وذكر المتولي فيه وجهين ، وقال : الصحيح الجواز ، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز ، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس . والله أعلم

وأما العجوز ، فألحقها الغزالي بالشابة ، لان الشهوة لاتنضبط ، وهي محل الوطء. وقال الروياني : إذا بلغت مبلغاً يؤمَن الافتتان بالنظر إليها ، جاز النظر إلى وجهها وكفيها ، لقول الله تعالى : (والقواعد من النساء ...) الآية [النور : ٦٠] .

[الصورة] السادسة : المحرم لاينظر إلى مابين السرة والركبة ، وله النظر إلى ما سواه على المذهب . وفي وجه : أنه يباح مايبدو عند المهنة . وهل الثدي زمن الارضاع مما يبدو ؟ وجهان . وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع ،وقيل : لاينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة . والصحيح الاول .

قلت : ويجوز للمَحرَم الخلوة والمسافرة بها. والله أعلم

الضرب الثاني : نظر الرجل إلى الرجل ، وهو جائز في جميع البدن ،إلا مابين السرة والركبة ، لكن يحرم النظر إلى الأمرد وغيره بالشهوة ، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعاً . ولايحرم

النظر إلى الامرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة، وإن خافها، حرم على الصحيح وقول الاكثرين .

قلت : أطلق صاحب « المهذب » وغيره : أنه يحرم النظر إلى الامرد لغير حاجة، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله . والله أعلم

الضرب الثالث : نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلا في شيئين . أحدهما : حكى الامام وجهاً : أنها كالمحرم، وهو شاذ ضعيف . الثاني : في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان . أصحها عند الغزالي : كالمسلمة . وأصحها عند البغوي: المنع . فعلى هذا ، لاتدخل الذمية الحمام مع المسلمات ، وما الذي تراه من المسلمة ؟ قال الامام : هي كالرجل الاجنبي . وقيل : ترى مايبدو في المهنة ، وهذا أشبه .

قلت : ماصححه البغوي هو الاصح أو الصحيح ، وسائر الكافرات كالذمية في هذا ، ذكره صاحب « البيان » . والله أعلم

الضرب الرابع : نظر المرأة إلى الرجل،وفيه أوجه . أصحها : لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة . والثاني : لها نظر مايبدو منه في المهنة فقط . والثالث : لاترى منه إلا مايرى منها .

قلت : هذا الثالث ، هو الاصح عند جماعة ، وبه قطع صاحب « المهذب » وغيره ، لقول الله تعالى : (وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) [النور : ٣١] ولقوله ﷺ : « أفعمياوان أنتما ، ألستما تبصرانه »[١] الحديث ، وهو حديث حسن . والله أعلم

---

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، عن أم سلمة رضي الله عنها أنها كانت =

وأما نظرها إلى محرمها ، فلا يحرم إلا ما بين السرة والركبة على المذهب ، وبه قطع المحققون . وقيل : هو كنظره إليها ، ويحرم عليها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعاً . وحديث « أفعمياوان » ، يحمل على هذا أو على الاحتياط .

فرع

ما لايجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها ، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الاصح .

وقيل : لا ، وقال الامام احتمالاً لنفسه : إن لم يتميز المبان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل : كالقلامة ، والشعر ، والجلدة ، لم يحرم . وإن تميز ، حرم .

قلت : ماذكره الامام ، ضعيف ، إذ لا أثر للتمييز ، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره . وعلى الاصح : يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها ، ويده ورجله .

والله أعلم

= عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وميمونة ، قالت : فبينما نحن عنده ، إذ أقبل ابن أم مكتوم فدخل عليه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « احتجبا منه » ، فقلت : يا رسول الله أليس هو أعمى لايبصرنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفعمياوان أنتما ؟ ألستما تبصرانه ? » وفي سنده ضعف ، قال الحافظ ابن حجر في « تخريج الكشاف »: رواه أبو داود، والترمذي ، والنسائي ، وابن حبان ، وأحمد ، وإسحاق ، وابن أبي شيبة ، وأبو يعلى ، والطبراني كلهم من رواية نبهان كاتب أُم سلمة عنها ، قال النسائي : لانعلم رواه عن نبهان إلا الزهري ، وقال إسحاق في « مسنده » : أخبرنا يحيى بن آدم ، حدثنا مندل عن يونس عن الزهري عن نبهان عن أُم سلمة قالت : استأذن ابن أُم مكتوم وأنا وزينب عنده .... الحديث . قال : ومندل ضعيف خالف في ذكر زينب بدل ميمونة . اه.

وينبغي لمن حلق عانته ، أن يواريَ الشعر ، لئلا ينظر إليه أحد . وفي « فتاوى» البغوي : أنه لو أبين شعر الأمة أو ظفرها ، ثم عتقت ، ينبغي أن يجوز النظر إليه وإن قلنا : إن المبان كالمتصل ، لأنه حين انفصل لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل .

فرع

يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج . وفي الفرج ، وجهان . أحدهما : يحرم . وأصحهما : لا ، لكن يكره . وباطن الفرج أشد كراهة ، ويكره للانسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة ، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته ، سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو مستولدة ، أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن ، فان كان مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو مزوجة ، أو مكاتبة ، أو مشتركة بينه وبين غيره ، حرم نظره إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم مازاد على الصحيح . وزوجته المعتدة عن وطء أجنبي بشبهة ، كالمكاتبة . ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها . وقيل : يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً .

قلت : ونظرها إلى سيدها كنظره إليها . والله أعلم

فرع

حيث حرم النظر ، حرم المس بطريق الأولى ، لأنه أبلغ لذة ، فيحرم على الرجل دَلْكُ فخذ رجل بلا حائل . فان كان ذلك فوق إزار ، جاز إذا لم يخف فتنة.

وقد يحرم المسّ دون النظر ، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر ، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والاماء ، بل لايجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبّل وجهها ، حكاه العبادي عن القفال. قال : وكذا لايجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله . وعن القاضي حسين أنه كان يقول : العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام .

فرع

لايجوز أن يضاجع الرجل الرجل ، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانبٍ من الفراش ، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين ، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع .

فرع

يستحب مصافحة الرجل الرجل ، والمرأة المرأة . قال البغوي : وتكره المعانقة والتقبيل ، إلاّ تقبيل الولد شفقة . وقال أبو عبد الله الزبيري : لا بأس أن يقبّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه ، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه .

قلت : المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيانته ، ونحو ذلك من الامور الدينية ، فهو مستحب . وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك ، فمكروه . وقال المتولي في « باب صلاة الجمعة » : لايجوز . وتقبيل الصغار شفقة سُنَّة ، سواء ولده وولد غيره إذا لم يكن بشهوة . والسُّنَّة معانقة القادم من سفر وتقبيله . ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح ، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد ، ولا بأس بالقيام لأهل الفضل،

بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والاعظام ، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته ، وقد أوضحتها مبسوطة في « كتاب السلام » من « كتاب الأذكار » وهو مما لا يستغني متديّن عن مثله ، وفي « كتاب الترخيص في القيام » . والله أعلم

فرع

الخنثى المشكل فيه وجهان . أصحهما : الأخذ بالأشد ، فيجعل مع النساء رجلاً ، ومع الرجال امرأة . والثاني : الجواز ، قاله القفال ، استصحاباً لحكم الصغر . قلت : قطع الفوراني والمتولي بالثاني ، وإبراهيم المروذي ، ونقله المروذي عن القاضي . والله أعلم

الحال الثاني : إذا احتاج إلى النظر ، وذلك في صور .

منها : أن يريد نكاحها ، فله النظر كما سبق .

ومنها : أن يريد شراء جارية ، وقد سبق في البيع .

ومنها : إذا عامل امرأة ببيع أو غيره ، أو تحمَّل شهادة عليها ، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها . وإذا نظر إليها وتحمَّل الشهادة ، كلِّفت الكشف عن وجهها عند الاداء . فان امتنعت ، أمرت امرأة بكشفه .

ومنها : يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة ، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج ، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج ، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل ، أن لا يكون هناك رجل يعالج ، كذا قاله أبو عبد الله الزبيري والروياني ، وعن ابن القاصّ خلافه .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع القاضي حسين والمتولي . قالا أيضاً : ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم . والله أعلم

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين ، وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر تأكُّد الحاجة ، وضبطه الامام فقال : مايجوّز الانتقال من الماء إلى التيمّم وفاقاً أو خلافاً ، كشدة الضنى وما في معناها ، يجوز النظر بسببه ، وفي النظر إلى السوأتين ، يعتبر مزيد تأكّد ، قال الغزالي : وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هتكاً للمروءة ويعذر في العادة .

ومنها : يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانيين لتحمّل شهادة الزنا ، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة ، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع ، هذا هو الصحيح . وقال الاصطخري : لايجوز كل ذلك . وقيل : يجوز في الزنا دون غيره . وقيل : عكسه .

الفصل الرابع : في الخِطبة ـ بكسر الخاء ـ ، قال الغزالي: هي مستحبة ، ويمكن أن يحتج له بفعل النبي ﷺ . وما جرى عليه الناس ، ولكن لاذكر للاستحباب في كتب الأصحاب ، وإنما ذكروا الجواز . ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة ، جازت خطبتها تعريضاً وتصريحاً ، وإن كانت معتدة ، حرم التصريح بخطبتها مطلقاً . وأما التعريض ، فيحرم في عدة الرجعيّة ، ولايحرم في عدة الوفاة. وقيل : إن كانت عدة الوفاة بالحمل ، لم تخطب ، خوفاً من تكلف إلقاء ولدها . والصحيح الأول . والبائن بطلاق أو فسخ ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر . والتي لاتحل لمن منه العدة بلعان أو رضاع أو طلاق الثلاث ، كالمعتدة عن الوفاة . وقيل : كالفسخ . ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر . وقيل: إن كانت بالاقراء ، حرم قطعاً . والصحيح وبه قطع الجمهور : أن لافرق .

وفي المعتدة عن وطء بشبهة ، طريقان . المذهب : القطع بالجواز . والثاني : طرد الخلاف. والتصريح ، كقوله : أريد نكاحكِ ، أو إذا انقضت عدتك نكحتك . والتعريض بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها ، كقوله : رُبَّ راغب فيك ، من يجد مثلك ؟ أنت جميلة ، إذا حللت فآذنيني ، لا تبقين أيّماً ، لستِ بمرغوب عنك ، إن شاء الله لسائق إليك خيراً ، ونحو ذلك ، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة . وجميع ماذكرناه ، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة . فأما صاحبها الذي يحل له نكاحها ، فله التصريح بخطبتها .

فرع

تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الاجابة ، إلاّ إذا أذن الغير أو ترك. وصريح الاجابة أن تقول : أجبتك إلى ذلك ، أو تأذن لوليها [في] أن يزوجها إياه ، وهي معتبرة الاذن . فلو لم تصرح بالاجابة ، لكن وجد ما يشعر بها ، كقولها : لارغبة عنكَ ، فقولان . القديم ، تحريم الخطبة . والجديد ، الجواز . ولو ردّته ، فللغير خطبتها قطعاً . ولو لم يوجد إجابة ولا رد ، فقيل : يجوز قطعاً . وقيل بالقولين . والمعتبر ، رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة ، وإلاّ فردها وإجابتها ، وفي الأمة رد السيد وإجابته ، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته . ثم المفهوم من إطلاق الأكثرين ، أن سكوت الولي عن الجواب ، فيه الخلاف المذكور ، وخص بعضهم الخلاف بسكوتها وقال : سكوت الولي لايمنع قطعاً . وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر ، ولايمنع سكوت الثيب بحال .

فرع

يجوز الهجوم على الخِطبة لمن لم يدر أخُطبت أم لا ، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد ، لأن الأصل الاباحة .

فرع

سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والذمي إذا كانت كتابية . وقيل : يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم .

قلت : قال الصيمري : لو خطب خمس نسوة دفعة ، فأذِنّ ، لم يحلّ لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول ، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة . وإن خطب كل واحدة وحدها ، فأذنّ ، حلت الخامسة دون غيرها . هذا كلامه ، والمختار تحريم الجميع ، إذ قد يرغب في الخامسة . قال أصحابنا : ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة ، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته . والله أعلم

فرع

يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر ، وكذا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها ، وليس هذا من الغيبة المحرمة .

قلت : الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحتها بدلائلها وما يتعلق بها وطرق مخارجها في آخر « كتاب الأذكار » .

أحدها : التظلم ، فيجوز للمظلوم أن يتظلَّم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه ، فيقول : ظلمني فلان وفعل بي كذا .

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر وردّ العاصي إلى الصواب ، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر : فلان يعمل كذا فازجره عنه ، ونحو ذلك .

الثالث : الاستفتاء ، بأن يقول للمفتي : ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا ، فهل له ذلك ، أم لا ؟ وما طريقي في الخلاص [منه] ودفع ظلمه عني ؟ ونحو ذلك. وكذا قوله : زوجتي تفعل معي كذا ، وزوجي يضربني ويقول لي كذا ، فهذا جائز للحاجة . والأحوط أن يقول : ماتقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا ، ومع ذلك فالتعيين جائز ، لحديث هند في « الصحيحين » : إن أبا سفيان شحيح ... الحديث (١) .

الرابع : تحذير المسلمين من الشر ، وذلك من وجوه .

منهـا : جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنِّفين ، وذلك جائز بالاجماع ، بل واجب ، صوناً للشريعة .

ومنهـا : الاخبار بعيبه عند المشاورة في مواصلته .

---

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحيهما » عن عائشة رضي الله عنها أن هنداً قالت: يا رسول الله إن أباسفيـان رجل شحيـح ، وليس يعطيني مايكفيني وولدي إلا ماأخذت منه وهو لايعلم ، فقال : « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » .

ومنها : إذا رأيت من يشتري شيئاً معيباً ، أو عبداً سارقاً ، أو زانياً ، أو شارباً ، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة ، لابقصد الايذاء والافساد .

ومنها : إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً ، وخفت عليه ضرره ، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة .

ومنها : أن يكون له ولاية لايقوم بها على وجهها لعدم أهليَّته أو فسقه ، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به ، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة.

الخامس : أن يكون مجاهراً بفسقه أو بدعته ، كالخمر ، ومصادرة الناس ، وجباية المكوس ، وتولّي الأمور الباطلة ، فيجوز ذكره بما يجاهر به ، ولا يجوز بغيره إلاّ بسبب آخر .

السادس : التعريف ، فاذا كان معروفاً بلقب ، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها ، جاز تعريفه به ، ويحرم ذكره به تنقّصاً ، ولو أمكن التعريف بغيره ، كان أولى . هذا مختصر ماتباح به الغيبة . والله أعلم

الفصل الخامس : في الخُطبة ، بضم الخاء . يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدّم بين يدي خِطبته خُطبة ، فيحمد الله تعالى ، ويثني عليه ، ويصلّي على النبي ﷺ ، ويوصي بتقوى الله تعالى[١] ثم يقول : جئتكم راغباً في كريمتكم ، ويخطب الولي كذلك ، ثم يقول : لست بمرغوب عنك أو نحو ذلك . وتستحب الخطبة أيضاً عند العقد ، ويحصل الاستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي . وإذا قال الولي :

---

(١) روى أحمد وأصحاب « السنن » عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الحاجة « إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ... الخ » ، ويقرأ ثلاث آيات اهـ .

الحمد لله، والصلاة على رسول الله ، زوّجتك، فقال الزوج : الحمد لله، والصلاة على رسول الله ، قبلتُ نكاحها ، فوجهان . أحدهما : لا يصح النكاح، للفصل ، والصحيح صحته ، وبه قطع الجمهور ، وقالوا : للنكاح خُطبتان مسنونتان ، إحداهما تتقدم العقد ، والثانية تتخلله ، وهي أن يقول الولي : بسم الله ، والصلاة على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله تعالى ، زوّجتك فلانة ، ثم يقول الزوج مثل ذلك ، ثم يقول : قبلتُ. ثم قال الأصحاب : موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما ، فان طال ، فالعقد باطل قطعاً . ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه ، بطل العقد على الأصح . واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي : زوجتكها على ما أمر الله العظيم، من إمساك بمعروف ، أو تسريح باحسان . وهذا إن ذكراه قبل العقد ، فذاك . وإن قيّد الولي الايجاب به ، وقَبِل الزوجُ مطلقاً أو ذاكراً له ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاح ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين . وأصحهما : الصحة ، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع ، فهو ذِكر لمقتضى العقد . وفصل الامام فقال : إن أجرياه شرطاً ملزماً ، فالوجه البطلان . وإن قصدا الوعظ دون الالزام ، لم يضر . وإن أطلقا ، احتمل واحتمل ، وقرينة الحال تقتضي الوعظ .

فرع

يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد ، فيقال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير [١] .

---

(١) روى أحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفأ الانسان (أي هنأه حين زواجه) إذا تزوج قال : « بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » .

قلت : ويكره أن يقال : بالرّفاء والبنين ، لحديث ورد بالنهي عنه (١) ، ولأنه من ألفاظ الجاهلية .

ومما يتعلق بآداب العقد ، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين ، وأن ينويَ بالنكاح المقاصد الشرعية ، كاقامة السنّة ، وصيانة دينه وغيرها ، ويستحب للولي عرض موليتـه على أهل الفضل والصلاح ، لحديث عمر رضي الله عنه في « الصحيحين » (٢) . والله أعلم

الباب الثالث
في أركان النكاح

وهي أربعة .

[**الركن**] **الأول** : الصيغة إيجاباً وقبولاً ، فيقول الوليّ : زوّجتُكَ ، أو أنكحتُكَ ، ويقول الزوج : تزوّجتُ ، أو نكَحْتُ ، أو قَبِلْتُ تزويجها أو نكاحها . أو يقول الزوج أولاً : تزوّجتُها ، أو نكَحْتُها ، فيقول الوليُّ : زوّجتُك أو أنكحتُكَ ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والانكاح . وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالعجميّة من العاقدَيْن أو أحدهما أوجه . أصحها : الانعقاد . والثالث : إن لم يُحسِن العربية ، انعقد ، وإلا ، فلا . وإذا صححناه ، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر . فان لم يفهم، فأخبره ثقة عن معنى لفظه ، ففي الصحة وجهان . ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما .

---

(١) أخرج بقي بن مخلد عن رجل من بني تميم قال : كنا نقول في الجاهلية : بالرفاء والبنين ، فعلمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « قولوا : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير » وفي سنده رجل مجهول .

(٢) وفيه أن عمر رضي الله عنه عرض بنته حفصة رضي الله عنها حين تأيمت على عثمان ابن عفان وأبي بكر الصديق رضي الله عنهما ، فامتنع عثمان ، وسكت أبو بكر ، لأنهما علما أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرها ، ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه عمر رضي الله عنه إياها .

فلو قال : زوَّجتُك ، فقال الزوج : نَكَحْتُ ،أو قال : أنكَحْتُك ، فقال : تزوَّجتُ، صح ، ولا ينعقد بالكناية .

فرع

إذا قال : زوَّجتُكها ، فليقل : قبلتُ نكاحها أو تزويجها ، أو قبلتُ هذا النكاح، فان اقتصر على « قبلتُ » ، لم ينعقد على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : ينعقد قطعاً . وإن قال : قبلتُ النكاح أو قبلتُها ، فخلاف مرتب ، وأولى بالصحة . ولو قال : زوِّجني أو أنكِحْني ، فقال الولي : قد فعلتُ ذلك ، أو نعم ، أو قال الوليُّ : زوَّجتُكها أو أنكَحْتُكَها ، أقبلْتَ ؟ فقال : نعم ، أو قال : نعم ، من غير قول الولي : أقبلْتَ ، فقيل بالمنع قطعاً . وقيل بطرد الخلاف، وهو أقيس . وفي نظائر هذه الصور من البيع ، ينعقد البيع . وكذا لو قال : بعتك كذا ، فقال : قبلتُ ، ينعقد على الصحيح . وحكى الحناطي فيه وجهاً .

فرع

إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر ، لم يصح . وقيل : يصح في الغائب وليس بشيء ، لأنه كناية ، ولا ينعقد بالكنايات . ولو خاطب غائباً بلسانه ، فقال : زوَّجتُك بنتي ، ثم كتب ، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه ، وبلغه الخبر ، فقال : قبلتُ نكاحها ، لم يصح على الصحيح . وإذا صححنا في المسألتين ، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر ، وأن يقع بحضرة شاهدي الايجاب .

قلت : لا يكفي القبول في المجلس ، بل يشترط الفور . والله أعلم

فرع

إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة ، لم يكف الكتاب ، بل يشترط اللفظ على المذهب ، وحكى الحناطي وجهين ، وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح .

فرع

إذا قال [المولى]: زوجني ، قال الولي : زوجتك . فان قال الزوج بعده : قبلت ، صح النكاح قطعاً ، وإلا ، فالمذهب والنص صحته أيضاً . وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله . والخلع ، والصلح عن الدم ، والاعتاق على مال، ينعقد بالاستيجاب والايجاب على المذهب ، وبه قطع الجمهور . فاذا قالت : طلقني أو خالعني على ألف ، فأجابها الزوج ، طلقت ولزمها الألف ، ولا حاجة إلى قبول بعده . وكذا لو قال العبد لسيده : أعتقني على كذا ، فأجابه إليه ، أو قال : من عليه القصاص : صالحني على كذا ، فقال المستحق : صالحتك عليه . وقيل بطرد الطريقين في كل هذه العقود كالنكاح . وأما الكتابة فكالعتق ، وقيل : كالنكاح . هذا كله إذا كانت صيغته : زوجني أو خالعني وأعتقني ونحوها . فلو قال الزوج : قل : زوجتكها ، قال الشيخ أبو محمد : ليس هو باستيجاب ،لأنه استدعى اللفظ دون التزويج ، فاذا تلفظ اقتضى القبول . ولو قال الولي أولاً :

تَزَوَّج ابنتي ، فقال : تزوَّجْتُ ، فهو كما لو قال الزوج : زوِّجني ، فقال الولي : زوَّجتُك ، هكذا قالوه . وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع ، ويمكن أن يقال بمثله هنا . ولو قال : أتزوَّجني ابنتك ؟ فقال الولي : زوَّجتُكَ ، لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده : تزوَّجتُ ، وكذا لو قال الولي : أتتزوج بنتي ، أو تزوَّجتَها ؟ فقال : تزوَّجتُ ، لا ينعقد ، إلا أن يقول الولي بعده : زوَّجتك ، لأنه استفهام . ولو قال المتوسِّط للولي : زوَّجتَه ابنتَك ؟ فقال : زوَّجتُ ، ثم أقبل على الزوج فقال : قَبِلتَ نكاحها ؟ فقال : قبلتُه ، صح على الأصح ، لوجود الايجاب والقبول مترابطين ، ومنعه القفال ، لعدم التخاطب .

فرع

تشترط الموالاة بين الايجاب والقبول على ماسبق في البيع . ونقل القاضي أبو سعد الهروي : أن أصحابنا العراقيين اكتفَوا بوقوع القبول في مجلس الايجاب .

قلت : الصحيح ، اشتراط القبول على الفور ، فلا يضر الفصل اليسير ، ويضر الطويل ، وهو ما أشعر باعراضه عن القبول ، فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان . وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقْبَل ، والمشاهدة تدفعه ، والدليل يبطله ، فلا اغترار به . والله أعلم

فرع

إذا وُجد أحد شِقَّي العقد من أحد العاقدين ، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشِّق الآخر ، فلو رجع عنه ، لغا العقد . وكذا لو أوجب ثم جُنَّ

أو أغمي عليه ، لغا إيجابه ، وامتنع القبول . وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها ، ثم أغمي عليها قبل العقد ، بطل إذنها .

فصل

النكاح لا يقبل التعليق ، كقوله : إذا جاء رأس الشهر ، فقد زوّجتك . فلو أخبر بمولود ، فقال لجليسه : إن كانت بنتاً ، فقد زوّجتكها ، أو قال : إن كانت بنتي طلّقها زوجها ، أو مات عنها وانقضت عدتها ، فقد زوّجتكها ، أو لو كان تحته أربع نسوة ، فقال له رجل : إن كانت ماتت إحداهن فقد زوّجتك بنتي ، أو قال : إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية ، فقد زوّجتكها ، وبان الأمر كما قدّر ، لم يصح النكاح على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : وجهان كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً . قال البغوي : ولو بُشر ببنت ، فقال : إن صدق المخبر فقد زوّجتكها ، صح ، ولا يكون ذلك تعليقاً ، بل هو تحقيق ، كقوله : إن كنتِ زوجتي فأنتِ طالق ، وتكون « إنْ » بمعنى « إذ » . قال : وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن ، فقال لرجل : إن صدق المخبر فقد تزوجْتُ بنتك ، فقال ذلك الرجل : زوّجتكها ، صح ، وهذا الذي قاله البغوي ، يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر ، وإلا ، فلفظ « إن » للتعليق .

فرع

قال : زوّجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، على أن يكون بُضع كل واحدة صداقاً للأخرى ، فقبل الآخر ، أو قال : زوّجتك بنتي وتزوّجتُ بنتك أو أختك ،

على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للأخرى ، فقال المخاطَب : تزوّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتَ ،فهذا نكاح الشغّار ، وهو باطل ، للحديث الصحيح[١] ، والمعنى الاشتراك في البضع . وقال القفال : للتعليق والتوقف .

ولو قال كل واحد : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتَك،وقبِل الآخر ، ولم يجعلا البُضع صداقاً ، فوجهان . أصحها : الصحة،لأنه ليس فيه إلاّ شرط عقد في عقد ، وذلك لايُفسد النكاح . فعلى هذا ، يصح النكاحان ، ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : لايصح لمعنى التعليق والتوقف . وخص الامام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه،ولم يذكرا مهراً ، وقطع بالصحة فيما لو قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوجني بنتك ، وفيما قاله نظر .

فعلى الوجه الأول ، لو قال : زوّجتُك على أن تزوّجني بنتك،وبضعُ بنتك صداق لبنتي ، فقبِل ، صح الأول ، وبطل الثاني . ولو قال:وبضع بنتي صداق لبنتك، بطل الأول،وصح الثاني، وهذا نظر إلى معنى التشريك . ولو سمَّيا لهما أو لأحداهما مهراً مع جعل البضع صداقاً ، بأن قال : زوّجتُك بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك بألف ، وبضع كل واحدة صداق الاخرى ، أو قال : على أن تزوجني بنتك ،وبضع كل واحدة صداق للأخرى ، أو قال : زوّجتُك بنتي على أن تزوّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقاً للأخرى ، فوجهان . أحدهما : وهو ظاهر نصه في « المختصر »: الصحة . وأصحها : البطلان ،وهو نصه في « الاملاء » .

---

(١) روى البخاري ومسلم في « صحيحيهما » عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار . والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق .

فرع

قال : زوّجتك بنتي بمتعة جاريتك ، صح النكاح ، وفسد الصداق . ولو قال : زوّجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك ، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك ، قال ابن الصباغ : صح النكاحان ، لأنه لاتشريك فيما يرد عليه عقد النكاح ، ويفسد الصداق ، ويجب لكل واحدة مهر المثل ، ويجيء على معنى التعليق والتوقف أن يحكم ببطلان النكاحين . ولو طلق امرأته على أن يزوّجه صاحبُه بنته ، ويكون بضع امرأته صداقاً لها ، وزوّجه صاحبه على ذلك ، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويفسد الصداق ؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان .

قلت : أفقههما : الثاني . والله أعلم

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده ، ويكون طلاق امرأته عوضاً عن عتقه ، قال الحناطي : يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد . وفي عتق العبد وجهان . إن عتق ، فلا رجوع بقيمته . وقال ابن كج : عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته ، والمعتق على المطلق بقيمة عبده .

فصل

النكاح الموقّت باطل ، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة ، وهو نكاح المتعة . وإذا وطىء في نكاح المتعة جاهلاً بفساده ، فلا حدّ . وإن علم ، فلا حدّ أيضاً على المذهب . وحيث لاحدّ ، يجب المهر والعدة ، ويثبت النسب .

ولو قال : نكحتها متعة ، ولم يزد على هذا ، حكى الحناطي في صحة النكاح وجهين.

قلت : الأصح ، البطلان . والله أعلم

الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح . والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها ، لاسيما « باب الموانع » ، فيقتصر هنا على عدِّ تراجمها. فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره ، أو مطلقته بالثلاث مالم تحلل، أو ملاعنته ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو زنديقة ، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر ، أو تكون أمةً والناكح حر واجدٌ طَوْلَ حرة ، أو غير خائف عنتاً ، أو يكون بعضها أو كلُّها ملكاً للناكح ، أو تكون محرماً له ، أو خامسة ، أو يكون في نكاحه أختُها وغيرها ممن لايجمع بينها وبينها ، أو تكون محرِمة بحج أو عمرة ، أو ثيباً صغيرة، أو تكون يتيمة لاجَدَّ لها .

فصل

يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيَّناً . فلو قال : زوَّجتك إحدى بنتيَّ ، أو زوجت بنتي أحدكما ، أو أحد ابنيك ، لم يصح . ولو كان له بنت واحدة فقال : زوَّجتك بنتي ، صح وإن لم يسمِّها . ولو كانت حاضرة فقال : زوجتك هذه ، أو كانت في الدار فقال : زوجتك التي في الدار ، وليس فيها غيرها ، صح .

ولو كان له بنت واحدة ،فقال : زوَّجتك بنتي فلانة ، وسماها بغير اسمها ، صح النكاح على الأصح ، لأن البنتية صفة لازمة مميزة ، فاعتبرت ولغا الاسم ، كما لو أشار إليها وسماها بغير اسمها ، فانه يصح قطعاً . وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر ، والأصح

الصحة فيها ، حتى لو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار إلى بنته ، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح ، تعويلاً على الاشارة .

ولو قال : بعتك داري هذه ، وحددها وغلط في حدودها ، صح البيع ، بخلاف ما لو قال : بعتك الدار التي في المحلة الفلانية ، وحددها وغلط ، لأن التعويل هنا على الاشارة . ولو قال : بعتك داري ، ولم يقل : هذه ، وحددها وغلط ، ولم يكن له دار سواها ، وجب أن يصح تفريعاً على الأصح في قوله : زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها .

وأما إذا كان اسم بنته [الواحدة] فاطمة ، فقال : زوّجتك فاطمة ، ولم يقل: بنتي، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم ، لكن [لو] نواها ، صح . كذا قال به العراقيون والبغوي ، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط ، والشهود لا يطلعون على النية ، وهذا قوي ، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات .

ولو كان له بنتان فصاعداً ، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة، كقوله : فاطمة ، أو هذه ، أو الكبرى . قال المكتفون بالنية : أو بأن ينويا واحدة بعينها وإن لم يَجْرِ لفظ مميز .

ولو قال : بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى ، صح النكاح على الكبرى على الوصف . ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح . وإذا لم يتعرض للكبر والصغر ، بل قال : زوّجتك بنتي فلانة ، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغيرة ، أو بالعكس ، وقصد الزوج التي قصدها الولي ، صح النكاح على التي قصداها ، ولغت التسمية . وفي الاعتماد على النية الاشكال السابق . ولو قال الزوج : قصدنا الكبيرة ، فالنكاح في الظاهر منعقد على الكبيرة . وإن صدّق الوليّ

في أنه قصد الصغيرة ، لم يصح ، لأنه قَبِل غير ما أوجب ، هكذا ذكره العراقيون والبغوي المعتبرون للنية ، وهذا يخالف مسألة منقولة ، وهي أن زيداً خطب إلى قوم ، وعمراً إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين ، وعمرو إلى الأولين ، وزوج كل فريق من جاءه ، قال ابن القطان : وقعت في أيام أبي السائب ببغداد ، فأفتى الفقهاء بصحة الناكحين ، ومعلوم أن كل ولي أوجب لغير من قَبِل .

قلت : ليست هذه المسألة مثلها ، والفرق أظهر من أن يُذكَر .

ومن فروع المسألة ، زوَّج رجل رجلاً إحدى بنتيه ،فمات الأب ، وادَّعت كلُّ واحدة عليه أنها زوجته ، أو ادعى هو على إحداهما ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الباب الثاني عشر . والله أعلم

الركن الثالث : الشهادة، فلا ينعقد النكاح إلاّ بحضرة رجلين مسلمين مكلفين حرين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين . وقيل : يصح بالأعميين ، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهاً أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان المتعاقدين ، لأنه ينقله إلى الحاكم . وأما المغفَّل الذي لا يضبط ، فلا ينعقد به ،وينعقد بمن يحفظ وينسى عن قريب .

وفي الأخرس وذي الحرفة الدنيَّة ، والصباغ ، والصائغ ، وجهان . وفي عدُوَّي الزوجين أو أحدهما ، أوجه . أصحها عند البغوي وهو المنصوص في « الأم » : الانعقاد . والثالث : ينعقد بعدوي أحدهما دون عدوّيها ، واختاره العراقيون .

وفي ابنيها وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه . وقيل : يختص الخلاف بهذه الصورة ، وينعقد في العدوين قطعاً ، لأن العداوة قد تزول .

وقيل : ينعقد بابنيها وعدوّيه دون ابنيه وعدوّيها ، لأنه محتاج إلى الاثبات دونها ، ويجري الخلاف في جده وجدها ، وأبيه مع جدها.

وأما أبوها ، فولي عاقد ، فلا يكون شاهداً . ولو وكّل،لم ينعقد بحضوره ، لأن الوكيل نائبه ، وكذا لو وكّل غير الأب وحضر مع شاهد آخر ، لم ينعقد . قال البغوي في « الفتاوى » : لو كان لها إخوة ، فزوّج أحدهم ، وحضر آخران منهم شاهدين ، ففي صحة النكاح جوابان . وجه المنع : أن الشرع جعل المباشر نائباً عن الباقين فيما توجه عليهم .

قلت : الراجح منهما ، الصحة . قال أصحابنا : وينعقد بحضرة ابنيه مع ابنيها ، أو عدوّيه مع عدوّيها بلا خلاف ، لامكان إثبات شقّيه . والله أعلم

فرع

ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح . وقال الاصطخري : لا .

والمستور : من عرفت عدالته ظاهراً ، لا باطناً . وقال البغوي : لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً ، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه ، وإلا ، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق .

قلت : الحق ، قول البغوي ، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة ، وقد صرح

البغوي بهذا ، وقاله شيخه القاضي حسين ، ونقله إبراهيم المروذي عن القاضي ولم يذكر غيره . والله أعلم

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحريته ، بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب . وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية ، والصحيح الأول ، بل لا يكتفى بظاهر الاسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيهما باطناً . هذا مقتضى كلام البغوي وغيره ، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها ، بخلاف العدالة والفسق . ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور ، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره ، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية ؟ أم يقال : هو شهادة فلا يقدح إلا قول من يجرح عند القاضي ؟ تردد فيها الامام .

قلت : لو ترافع الزوجان إلى حاكم ، وأقرا بنكاح عقد بمستورين ، واختصما في حق زوجته ، كنفقة ونحوها ، حكم بينهما ، ولا ينظر في حال الشاهدين إلا أن يعلم فسقهما فلا يحكم . فان جحد أحدهما النكاح ، فأقام المدعي مستورين ، لم يحكم بصحته ولا فساده ، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما ، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره . والله أعلم

فرع

لو بان الشاهد فاسقاً حال العقد ، فالنكاح باطل على المذهب ، كما لو بان كافراً أو عبداً ، وإنما يتبين الفسق ببينة أو بتصادق الزوجين أنهما كانا فاسقين ولم نعلمهما ، أو نسينا فسقهما . وأما لو قالا : علمنا [فسقهما] حينئذٍ ، أو علمه أحدنا ، فقال الامام : نتبين البطلان بلا خلاف ، لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين ، وعليهما التعويل ،

ولا اعتبار بقول الشاهدين: كنا فاسقين يومئذٍ ، كما لااعتبار بقولها : كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتها ، وكذا لو تقارّ الزوجان أن النكاح وقع في الاحرام أو العدة أو الردة ، نتبين بطلانه ، ولا مهر إلاّ إذا كان دخل بها ، فيجب مهر المثل . فلو نكحها بعد ذلك ، ملك ثلاث طلقات . ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها في المهر ، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده ، ويفرق بينهما بقوله . وفي سبيل هذا التفريق خلاف . قال أصحاب القفال : هو طلقة بائنة ، فلو نكحها يوماً ، عادت بطلقتين . قالوا : وهذا مأخوذ من نصّ الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو نكح أمة ، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طَوْلَ حرة ، بانت بطلقة . وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين : أنها فُرقة فسخ لاتنقص عدد الطلاق ، كما لو أقر الزوج بالرضاع . وإلى هذا مال الامام ،والغزالي، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة ، ولانكاره وجه ظاهر ، لأنه نص في « عيون المسائل » أنه إذا نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا أجد طَوْلاً ، فصدّقه مولاها ، فسخ النكاح بلا مهر ، فان كان دخل ، فعليه مهر مثلها . وإن كذبه ، فسخ النكاح باقراره ،ولم يصدّق على المهر ، دخل أم لم يدخل . هذا لفظه وهو يوافق قول العراقيين .

قلت : الأصح أو الصحيح ، قول العراقيين . وحكى العراقيون وجهاً: أنه يقبل قوله في المهر ، فلا يلزمه . وعلى هذا قالوا : إن كان اعترافه قبل الدخول ، فلا شيء عليه . وإن كان بعده ، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، ولاخلاف أنها إذا ماتت لايرثها . وإن مات قبلها ، فان قلنا : القول قوله ولم يكن حلف ، فيحلف وارثه:لايعلمه تزوجها بشهادة عدلين ، ولا إرث لها . وإن قلنا : القول قولها ، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت. ولو قالت : عقدنا بفاسقين ،فقال: بل بعدلين . فأيهما يقبل ؟ وجهان. الأصح : قوله . فان مات ، لم ترثه ، وإن مات

أو طلقها قبل الدخول ، فلا مهر ، لانكارها ، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . والله أعلم

فرع

استتابة المستورين قبل العقد ، احتياطٌ واستظهار ، وتوبة المعلن بالفسق حينئذٍ ، هل تلحقه بالمستور ؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد . والأصح : المنع . فان ألحقناه فعاد إلى فجوره على قرب ، قال الامام : فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة ، قال : وفيه احتمال .

فرع

الاحتياط ، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها ، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح .

قلت : ومن مسائل الفصل ، أنه لايشترط إحضار الشاهدين ، بل إذا حضرا بأنفسهما ، وسمعا الايجاب والقبول ، صح وإن لم يسمعا الصداق . ولو عقد بشهادة خنثيين ، ثم بانا رجلين ، قال القاضي أبو الفتوح : احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلَّى رجل خلفه فبان رجلاً . هذا كلامه . والانعقاد هنا هو الأصح ، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة . والله أعلم

الركن الرابع : العاقدان ، وهما الموجب ،والقابل . فالقابل : هو الزوج ومن ينوب عنه . والموجب : هو الولي أو وكيله ، ولاتصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً . فلاتزوج نفسها باذن الولي ولابغير إذنه ، ولاغيرها ، لابولاية ولاوكالة ،[ولايقبل النكاح لابولاية ولاوكالة] .ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها ، فوكلت ، نظر ،إن قال : وكلي عن نفسك ، لم يصح. وإن قال :وكلي عني ، أو أطلق ، فوجهان .

فرع

روى يونس بن عبد الأعلى ، أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا كان في الرفقة امرأة لا وليّ لها ، فولَّت أمرها رجلاً حتى يزوجها ، جاز، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي ، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء ، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكره ، ومنهم من قبله ، وقال : إنه تحكيم ، والمحكَّم قام مقام الحاكم .

قلت : ذكر صاحب « الحاوي » فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم ، ثلاثة أوجه . أحدها : لاتزوج . والثاني : تزوج نفسها للضرورة . والثالث : تولّي أمرها رجلاً يزوجها . وحكى الشاشي أن صاحب « المهذب » كان يقول في هذا : تحكّم فقيهاً مجتهداً ، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح ، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال . فالذي نختاره ، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً،وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس ، وهو ثقة . والله أعلم

فرع

إذا وطىء في نكاح بلا ولي ، وجب مهر المثل ، ولاحدّ سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليد أو حسبان مجرد ، لشبهة اختلاف العلماء ، ولكن معتقد التحريم يعزّر . وقال الاصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي : يحدّ معتقد التحريم ، ولا مهر ،وهو ضعيف.ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاضٍ يصححه، فحكم بصحته، ثم رفع إلينا ، لم ننقض قضاءه على الصحيح. وقال الاصطخري : ننقضه،ولو طلق فيه ، لم يقع ، فلو طلق ثلاثاً ، لم يفتقر إلى محلل . وقال أبو إسحاق : يقع ويفتقر إلى محلّل احتياطاً للابضاع ، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي عن القفال ، أنها إذا زوجت نفسها ، هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟ قال : وبالمنع أجاب القفال الشاشي ، لأنها في حكم الفراش ، وهو تخريج ابن سريج .

فرع

إذا أقرت حرة مكلَّفة بالنكاح ، فقولان . الجديد الأظهر : يقبل إقرارها مع تصديق الزوج بلابيّنة ، لأن النكاح حقها ، فثبت بتصادقها ، كالبيع وغيره ، ولا فرق على هذا بين البكر والثيب ، ولا بين الغريبين والبلديين . والقديم : أنها إن كانا غريبين ، ثبت النكاح ، وإلاّ ، طولبا بالبينة ، لسهولتها عليهما ، وللاحتياط، فعلى الجديد : هل يكفي إطلاق الاقرار ، أم يشترط أن يفصّل فيقول : زوّجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي ؟ إن كانت معتبرة الرضى ، وجهان . أصحها : الثاني . ثم إذا أقرت وكذبها الولي ، فثلاثة أوجه . أصحها : يحكم بقولها ، لأنها

تقرّ على نفسها ، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي . والثاني : لا ، لأنها كالمقرة على الولي، قاله القفال ، والثالث : يفرق بين العفيفة والفاسقة ، قاله القاضي حسين . ولافرق في هذا الخلاف بين أن تفصّل الاقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذّبها ، وبين أن تطلق إذا قبلنا الاقرار المطلق فقال الولي : لاولي لك غيري ، وما زوّجتك. ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما . والأصح : أنه لايقدح تكذيبهما ، لاحتمال النسيان والكذب . فان قلنا : تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها، فكان غائباً ، لم ينتظر حضوره ، بل تسلّم إلى الزوج في الحال للضرورة ، فان عاد وكذبها ، فهل يحال بينهما لزوال الضرورة ، أم يستدام ؟ وجهان ، رجح الغزالي الأول ، وغيرُه الثاني .

وإذا قلنا بالقديم ، فجرى الاقرار في الغربة ، ثم رجعا إلى الوطن ، ففي الحوالة بينهما الوجهان . قال الامام : ولاشك أنه لو قضى قاضٍ بالاقرار ،لم ينقض.

فرع

أقر الولي بانكاحها ، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الاقرار بغير رضاها، قبل إقراره ، لقدرته على الانشاء . وحكى الحناطي وجهاً أنه لايقبل حتى توافقه البالغة . والصحيح الأول . وإن لم يكن له الانشاء بغير رضاها ، لكونه غير مجبر ،أو الحال غير حال الاجبار ، أو الزوج ليس بكفء ، لم يقبل إقراره . ولو قال وهي ثيب : كنت زوجتها في بكارتها ، لم يقبل ،واعتبر وقت الاقرار ، كذا أطلقه الامام ، وهو الظاهر . ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة .

فرع

أقرت لزوج ، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر ، فهل المقبول إقراره ، أم إقرارها؟ فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحليمي عن القفال الشاشي والأودني .

فرع

قال الخاطب لولي المرأة : زوّجت نفسي بنتك ، فقبل ، قال المتولي : يبنى انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط ابقاء العقد كالعوضين في البيع ، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر لانفسه ، ولأنه لاحجر عليه في نكاح غيرها معها ؟ فيه خلاف . فعلى الثاني : لاينعقد . وعلى الأول : وجهان . قال أبو عاصم وأبو سهل الابيوردي : ينعقد كما لو أضاف إليها ، ومنعه القاضي حسين ، لأنه غير معهود .

الباب الرابع
في بيان الاولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف .

[**الطرف**] **الاول** : في أسباب الولاية ، وهي أربعة .

[**السبب**] **الاول** : الابوة ، وفي معناها الجدودة ، وهي أقوى الأسباب ، لكمال الشفقة ، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنها ، ويستحب استئذان

البالغة . ولو أجبرها ، صح النكاح . فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة ، قال ابن كج : ليس له إجبارها ، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان ، قال : ويحتمل جوازه. فأما الثيب ، فلا يزوجها الأب إلا بإذنها في حال البلوغ ، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولاً : أن الجد لايجبر البكر البالغة ، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة ، والمشهور الأول .

وسواء حصلت الثيوبة بوطء محترم أو زناً . وحكي عن القديم : أن المصابة بالزنا كالبكر . والمذهب الاول ، ولو زالت بكارتها بسقطة ، أو أصبع ، أو حدة الطمث ، أو طول التعنيس ، أو وطئت في دبرها ، فبكر على الصحيح .

ولو وطئت مجنونة ، أو مكرهة ، أو نائمة ، فثيب على الصحيح . ولو خطب البكر رجلٌ ، فمنعها أبوها ، فذهبت وزوجت نفسها به ، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها ، إن كان الاول لم يطأها ، صح تزويج الاب ، وإلا ، فلا ، لانها ثيب بوطء شبهة .

قلت : إنما يصح تزويج الاب ، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه . والله أعلم

فرع

إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفء ، لزم الاب والجد إجابتها، فان امتنع ، زوجها السلطان . وفي وجه : لاتلزمه الاجابة ، ولا يأثم بالامتناع ، لان الغرض يحصل بتزويج السلطان ، وهو ضعيف . ولو التمست صغيرةٌ بلغت إمكان الشهوة ، قال بعضهم : لزمه إجابتها .

قلت : هذا ضعيف . والله أعلم

فرع

عينت كفءاً ، وأراد الأب تزويجها بكفء آخر ، كان له ذلك على الأصح .

قلت : قال الشافعي رضي الله عنه : أستحب للأب أن لا يزوِّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها. قال الصيمري : فان قاربت البلوغ ، وأراد تزويجها ، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها . قال الصيمري : ولو خلقت المرأة بلا بكارة ، فهي بكر . ولو ادعت البكارة أو الثيوبة ، فقطع الصيمري وصاحب « الحاوي » : بأن القول قولها ، ولا يكشف حالها ، لأنها أعلم .

قال صاحب « الحاوي » : ولا تسأل عن الوطء ، ولا يشترط أن يكون لها زوج . قال الشاشي : وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها ، فله أن يسألها . فان اتهمها ، حلّفها . والله أعلم

السبب الثاني : عصوبة من على حاشية النسب ، كالأخ والعم وبنيهما ، فلا تزوج بها الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً .

وأما البالغة ، فان كانت ثيباً ، فلهم تزويجها باذنها الصريح . وإن زوجت بغير رضاها ، لم ينعقد . وإن كانت بكراً ، فلهم تزويجها إذا استأذنوها . وهل يكفي سكوتها ، أم يشترط صريح نطقها ؟ وجهان . أصحها : الأول . وحكي وجه : أنه لا حاجة للاستئذان أصلاً ، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر ، كان رضىً . والصحيح الاشتراط . وإذا اكتفينا بالسكوت ، حصل الرضى ، ضحكت ، أم بكت ، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد ، فلا يكون رضى .

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغير كفء، فاستأذنها ، فهل يكفي السكوت ؟ فيه الوجهان .

قلت : ونقل الرافعي في آخر « كتاب النكاح » عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفء فسكتت . قال صاحب « البيان » : قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الوليُّ البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل ، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك . والله أعلم

فرع

قال : أزوجكِ بشخص ؟ فسكتت ، قال بعض المتأخرين : الأليق بمذهبنا أنه لا يكون رضى ، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور .

ولك أن تقول : هذا يخرَّج على أنه يشترط تعيين الزوج في الاذن . والأصح أنه ليس بشرط ، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت .

قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، هو الصواب . والله أعلم

فرع

قال : أيجوز أن أزوجكِ ؟ فقالت : لم لا يجوز ؟ أو قال : أتأذنين ؟ فقالت : لم لا آذن ؟ حكى بعضهم : أنه ليس باذن ، ولك أن تقول : هذا مشعر برضاها ، فهو أولى من سكوتها .

قلت : المختار أنه إذن . والله أعلم

فرع

قالت : وكلتك بتزويجي ، فالذي لقيناهم من الأئمة لايعدّونه إذناً ، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل ، لكن المسألة غير مسطورة ، ويجوز أن يعتدّ به إذناً ، كما إذا فسدت الوكالة ، نفذ التصرف بالاذن.

قلت : هذا عجب من الامام الرافعي ، والمسألة منصوصة للشافعي . قال صاحب « البيان » : يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجبر بلفظ [الاذن]، ويجوز بلفظ الوكالة ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، لأن المعنى فيهما واحد ، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً . ولو أذنت له ، ثم رجعت ، لم يصح تزويجها ، كالموكل إذا عزل الوكيل ، فان زوجها الولي بعد العزل قبل العلم ، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل.

والله أعلم

فرع

في « فتاوى » البغوي : أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة : أذنتُ لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي ، فينبغي أن يصح الاذن ، كما لو قال الولي للوكيل : زوّج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها . وفي هذا التوكيل وجه ضعيف : أنه لايصح ، وقد سبق في الوكالة. وفيها أنه لو قيل للبكر : رضيتِ بما تفعله أمك ؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح، فقالت : رضيتُ ، لم يكن إذناً ، لأن الأم لاتعقد، بخلاف ما لوقالت : رضيت بما يفعل الولي . ولو قالت : رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي ، جاز . ولو قالت :

رضيتُ إن رضيت أمي، لايجوز. ولو قالت : رضيت إن رضي ولي . فان أرادت التعليق، لم يجز . وإن أرادت : إني رضيت بما يفعله الولي، كان إذناً. وفيها :لو أذنت في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد : بخمسمائة، فسكتت وهي بكر ، كان سكوتها إذناً في تزويجها بخمسمائة . ولو قيل ذلك لأمها وهي حاضرة، فسكتت ، لم يكن إذناً .

السبب الثالث : الاعتاق، فالمعتق وعصبته يزوجون كالاخ .

السبب الرابع : السلطنة، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ باذنهن، ولايزوج الصغار . ثم السلطان يزوج في مواضع . أحدها : عدم الولي الخاص . الثاني : عند غيبته . الثالث : عند إرادته تزوجها لنفسه . الرابع : عَضْلُه ، فاذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق، واحداً كان ، أو جماعة مستوين ، زوجها السلطان . وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية، أم النيابة عن الولي ؟ وجهان حكاهما الامام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص . ثم إنما يحصل العضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفء فامتنع . فأما إذا دعت إلى غير كفء ، فله الامتناع، ولايكون عضلاً . وإذا حصلت الكفاءة ، فليس له الامتناع لنقصان المهر، لأنه محض حقها . ولابد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوجها . قال البغوي : ولايتحقق العضل حتى يتمنع بين يدي القاضي . وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول : لاأفعل، أو يسكت ، فحينئذٍ يزوجها القاضي . وكان هذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي. فأما إذا تعذر بتعزز أو توارٍ، فيجب أن يجوز الاثبات بالبينة كسائر الحقوق . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه . وعند الحضور لامعنى للبينة ، فانه إن زوج ، وإلا فعضل.

فرع

سيأتي خلاف في أن السيد يزوج أمته بالملك، أم بالولاية؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة.

الطرف الثاني: في ترتيب الأولياء، فتقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات. والترتيب في التزويج، كالترتيب في الارث، إلا في مسائل.

إحداها: الجد يقدم على الأخ هنا.

[المسألة] **الثانية**: الأخ الأبوين يقدم على الأخ للأب في الارث، وهنا قولان. أظهرهما وهو الجديد: يقدم أيضاً. والقديم: يستويان، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الابوين والآخر من الاب. ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الام، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، فقال الامام: هما سواء. وطرد الجمهور القولين وقالوا: الجديد: يقدم الاخ والابن. ولو كان ابنا عم أحدهما من الابوين، والآخر من الاب، لكنه أخوها من الام، فالثاني هو الولي، لانه يدلي بالجد والام، والاول بالجد والجدة. ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الام، فالابن هو المقدم، لانه أقرب. ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو المقدم، وبه قال ابن الحداد، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لانها تستحق الحرية بسببه، زوجه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند جمهور الاصحاب، لان ابن المعتق لايزوّج في حياة المعتق، وإنما يزوّجه السلطان، وإنما يزوج

ابن المعتق بعد موته . وهذا كله على الجديد . وأما على القديم ، فيسوّى بينهما في الصور .
قلت : ولو كان ابنا عم أحدهما معتق ، فعلى القولين ، أو ابنا عم أحدهما خال ، فهما سواء بلا خلاف . والله أعلم

[المسألة] الثالثة : الابن لايزوّج بالبنوة ، فان شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها ، فله الولاية بذلك . وكذا إن كان معتقاً أو قاضياً ، أو تولدت قرابة من أنكحة المجوس ، أو وطء الشبهة ، بان كان ابنها أخاها ، أو ابن أخيها ، أو ابن عمها ، ولاتمنعه البنوة التزويج بالجهة الاخرى .

فصل

وأما الولاء ، فمن لاعصبة لها بنسب ، وعليها ولاء ، فينظر ، إن أعتقها رجل ، فولاية تزويجها له . فان لم يكن بصفة الولاية ، فلعصباته ، ثم لمعتقه ، ثم لعصبات معتقه ، وهكذا على ترتيبهم في الارث . وترتيب عصبات المعتق في التزويج ، كترتيب عصبات النسب ، إلا في ثلاث مسائل .

إحداها : جدّها أولى من أخيها ، وفي جد المعتق وأخيه قولان كارثها بالولاء . أظهرهما : تقديم الاخ . والثاني : يستويان . ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه ، فان قدمنا الاخ على الجد ، قدمنا ابنه ، وإلا فيقدم الجد . وقد حكينا في الارث تفريعاً على هذا القول وجهاً أنهما يستويان ، فيجوز أن يطرد هنا .

[المسألة] الثانية : ابن المرأة لايزوجها ، وابن المعتق يزوج ، ويقدم على أبيه ، لان التعصيب له .

[المسألة] الثالثة : إذا اجتمع أخو المعتق لابويه وأخوه لابيه ، فالمذهب

القطع بتقديم الاخ للأبوين . وقيل بطرد القولين كالنسب . وقيل : يستويان قطعاً . أما إذا كان المعتق امرأة ، فلا ولاية لها ، لعدم أهليتها ، فان كانت حية ، فوجهان . أحدهما قاله صاحب « التلخيص » : يزوجها السلطان . والصحيح أنه يزوجها من يزوج معتقها ، فيزوجها أبو المعتقة ثم جدها على ترتيب الاولياء ، ولايزوجها ابن المعتقة ، ويشترط في تزويجها رضاها ، ولايشترط رضى المعتقة على الاصح ، إذ لا ولاية لها . وقيل : يشترط ، فان عضلت ، ناب السلطان عنها في الاذن، ويزوج الولي .

فان كانت المعتقة ميتة ، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة ، ويقدم الابن على الاب . وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً . وحكي وجه : أن الاب يقدم على الابن بعد موت المعتقة ، ووجه : أن الابن يقدم على الاب في حياتها ،وهما شاذان .

فرع

متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة، كالبنين والاخوة ، فهم كالاخوة في النسب . فاذا زوجها أحدهم برضاها ، صح، ولايشترط رضى الآخرين . ولو أعتق الامة اثنان ، اشترط رضاهما، فيوكلان ، أو يوكل أحدهما الآخر ، أو يباشران العقد معاً . ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها ، اشترط موافقة السلطان للآخر .

ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين ، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر . ولو مات كل منهما عن ابنين ، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذاك . ولو مات أحدهما ووارثه الآخر ، استقل بتزويجها .

فرع

كان المعتق خنثى مشكلاً ، ينبغي أن يزوجها أبوه باذنه ، فيكون ولياً أو وكيلاً إن كان الخنثى ذكراً .

فصـــل

فيمن بعضها حر ، خمسة أوجه . أصحها : يزوجها مالك البعض ومعه وليها القريب . فان لم يكن ، فمعتق بعضها ، وإلا ، فالسلطان . والثاني : يكون معه معتق البعض . والثالث : معه السلطان . والرابع : يستقل مالك البعض . والخامس : لايجوز تزويجها أصلاً ، لضعف الملك والولاية بالتبعيض .

الطرف الثالث : في موانع الولاية ، وهي خمسة .

[المانع] **الأول** : الرق ، فلا ولاية لرقيق ، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح باذن سيده قطعاً ، وبغير إذنه على الأصح ، ولايصح توكيله في الايجاب على الأصح عند الجمهور . وقد سبق هذا في الوكالة .

[المانع] **الثاني** : مايسلب النظر والبحث عن حال الزوج ، وفيه صور ست .

إحداها : الصبا والجنون المطبق يمنعان الولاية وينقلانها إلى الأبعد . وفي الجنون المنقطع وجهان . أصحهما : أنه كالمطبق ، ويزوجها الأبعد يوم جنونه ، لبطلان أهليته . والثاني : لايزيل ولايته كالاغماء ، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح . وقيل : يزوجها الحاكم كالغيبة ، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها . فعلى رأي : تزوج في حال جنونها . وعلى رأي : ينتظر إفاقتها لتأذن . ولو وكل هذا الولي في إفاقته ، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون ، وكذا إذا أذنت الثيب ، يشترط

تقدم العقد على عود الجنون . قال الامام: وإذا قصرت نوبة الافاقة جداً ، لم تكن الحال حال تقطع ، لأن السكون اليسير لابدّ منه مع إطباق الجنون . ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لايعتريه الجنون على حدّة في الخُلق ، فهل تعود ولايته ، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل ؟ فيه وجهان .

قلت : لعل الثاني أصح . والله أعلم

الصورة الثانية : اختلال النظر لهرم أو خبل جبليّ أو عارض ، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبعد ، والحجر بالفلس لايمنعها ، وبالسفه يمنعها على المذهب . وقيل : وجهان .

قلت : وحكى الشاشي في المفلس وجهاً . والله أعلم

[الصورة] الثالثة : الاغماء الذي لايدوم غالباً ، فهو كالنوم ، ينتظر إفاقته، ولايزوج غيره . وإن كان مما يدوم يوماً أو يومين فأكثر ، فوجهان . أحدهما : نقل الولاية إلى الأبعد كالجنون . وأصحها : المنع . فعلى هذا ، قال البغوي وغيره: تنتظر إفاقته كالنائم . وقال الامام : ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر . فان كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب وقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً ، انتظرت إفاقته وإلا : فيزوج الحاكم ، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة .

[الصورة] الرابعة : السكران الذي سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو . فان بقي له تمييز ونظر ، فالمذهب أنه لايزوج ، وتنتظر إفاقته .

[الصورة] الخامسة : الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة ، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد ، نص عليه ، وأخذ به الأصحاب .

[الصورة] السادسة : الأعمى أن يتزوج قطعاً ، وله أن يزوج على الأصح. ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهمة . وقيل : يزوّج قطعاً . فان لم تكن مفهمة ، فلاولاية له .

المانع الثالث : الفسق فيه سبع طرق . أشهرها : في ولاية الفاسق قولان ، وقيل بالمنع قطعاً . وقيل : يلي قطعاً . وقيل : يلي المجبر فقط . وقيل : عكسه ، لأنه لايستَقِلّ . وقيل : يلي غير الفاسق بشرب الخمر . وقيل : يلي المستتر بفسقه دون المعلن . وأما الراجح ، فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه : منع ولاية الفاسق ، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي ، لاسيما الخراسانيون ، واختاره الروياني .

قلت : الذي رجحه الرافعي في « المحرر » : منع ولايته . واستفتي الغزالي فيه فقال : إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب مايفسقه، ولِيّ ، وإلا ، فلا . وهذا الذي قاله حسن ، وينبغي أن يكون العمل به . والله أعلم

فرع

قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما : ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق . وقطع غيرهم بالمنع ، وهو المذهب .

فرع

سبق أن الامام الأعظم لاينعزل بالفسق على الصحيح ، وحينئذٍ في تزويجه

بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان ، تفريعاً على أن الفاسق لا يلي . أحدهما: المنع كغيره ، ويزوجهن مَن دونه من الولاة والحكام . وأصحها : أنه يزوج ، تفخيماً لشأنه ، ولهذا لم يحكم بانعزاله .

فرع

إذا تاب الفاسق ، قال البغوي في هذا الباب : له التزويج في الحال ، ولا يشترط مضي مدة الاستبراء . والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات : اعتبار الاستبراء، لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة ، وسنفصّله إن شاء الله تعالى .

فرع

للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي تعليق الشيخ ملكداذ القزويني ، عن القاضي أبي سعد وجه : أنه ليس له التزويج إذا قلنا : لا يلي .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، فالولاية للأبعد على الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وحكى الحناطي وجهاً : أنها للسلطان . ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة ، أو إصرار على صغيرة ، وليس العضل من الكبائر ، وإنما يفسّق به إذا عضل مرات أقلها - فيما حكى بعضهم - ثلاث ، وحينئذٍ فالولاية للأبعد .

فرع

إذا قلنا : الفاسق لايلي ، ففي أصحاب الحِرَف الدنيَّة وجهان .

قلت : المذهب القطع بثبوت ولايتهم ، قاله البغوي وغيره . والله أعلم

المانع الرابع : اختلاف الدّين ، فلا يزوّج المسلمةَ قريبُها الكافر ، بل يزوّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء ، وإلا ، فالسلطان . ولايزوّج الكافرة قريبها المسلم ، بل يزوّجها الأبعد الكافر . فان لم يكن، زوّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة، فان لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين ، فحكى الامام عن إشارة صاحب « التقريب » : أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم . والمذهب المنع .

وهل يزوّج اليهوديُّ النصرانية ؟ يمكن أن يلحق بالارث ، ويمكن أن يمنع.

ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لايرتكب محرّماً في دينه ، فان ارتكبه ، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته . وعن الحليمي أن الكافر لايلي التزويج ، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية ، زوجه بها القاضي . والصحيح أنه يلي .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنه يجوز أن يوكل نصرانياً أو مجوسياً في قبول نكاح نصرانية ، ولايجوز في قبول نكاح مسلمة ، ويجوز توكيل النصراني مسلماً في قبول نكاح نصرانية ، ولايجوز في قبول نكاح مجوسية ، لأن المسلم لايجوز له

نكاحها [بحال] ، بخلاف توكيل المسر موسراً في تزوج أمة ، فانه جائز ، لأنه يستبيحها في الجملة .

فرع

المرتد لا ولاية له على مسلمة ولامرتدة ولاغيرها من الكافرات .

قلت : لايزوّج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوَّج أمة موليته ، ولا يزوج كافر مسلمة إلا [أمته و] أم ولده على وجه ، قاله الفوراني .

والله أعلم

المانع الخامس : الاحرام . فاحرام أحد العاقدين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح. وقيل : إن كان العاقد الامام أو القاضي ، فله التزويج ، لقوة ولايتها . والصحيح المنع . وفي تأثير الاحرام وجهان . أحدهما : سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد ، كالجنون . وأصحها : أنه مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، ابقاء الرشد والنظر ، فعلى هذا ، يزوجها السلطان كما لو غاب . وسواء الاحرام بالحج أو العمرة ،والصحيح والفاسد ،[وقيل : لايمنع الفاسد] ، وينعقد بشهادة المُحرِم على الصحيح ، وخالف الاصطخري . وتصح الرجعة في الاحرام على الأصح .

ومن فاته الحج ، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة ؟ فيه وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح المنع ، لأنه محرم . والله أعلم

فرع

إذا وكل حلال حلالاً في التزويج ، ثم أحرم أحدهما ، أو المرأة ، ففي انعزال الوكيل وجهان . أصحهما : لاينعزل ، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة ، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل . هذا هو المعروف في المذهب ، ونقل الغزالي في « الوجيز » فيه وجهاً ، ولم أره لغيره ولا له في « الوسيط ». ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة ، نظر ، إن وكله ليعقد في الاحرام ، لم يصح . وإن قال : اتزوج بعد التحلل ، أو أطلق ، صح ، لأن الاحرام يمنع الانعقاد دون الاذن . ومن ألحق الاحرام بالجنون ، لم يصححه .

ولو قال : إذا حصل التحلل فقد وكلتك ، فهذا تعليق الوكالة ، وقد سبق الخلاف فيه . وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل .

ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج ، صح على الاصح ، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء .

واعلم أن وكيل المصلي يزوج ، بخلاف وكيل المحرم ، لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلي صحيحة . حتى لو زوجها في صلاته ناسياً ، صح النكاح والصلاة .

فصل

إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً ، نظر ، إن كان مفقوداً لايعرف مكانه ولاموته وحياته ، زوجها السلطان ، لتعذر نكاحها من جهته . وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقسم ماله بين ورثته ـ على ماسبق في الفرائض ـ انتقلت

الولاية إلى الأبعد . وإن عرف مكان الغائب ، فان كان على مسافة القصر ، زوّجها السلطان ، ولايزوجها الأبعد . وقيل : يزوج الأبعد . وعن القاضي أبي حامد : إن كان من الملوك وكبار الناس ، اشترط مراجعته ، وإن كان من التجار وأوساط الناس ، فلا . والصحيح الأول . وإن كان دون مسافة القصر ، فأوجه . أحدها : كالطويلة، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وأصحها : لاتزوج حتى يراجَع فيحضُر أو يوكّل ، نص عليه في « الاملاء » .

والثالث : إن كان بحيث يتمكن المبتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل ، اشترطت مراجعته ، وإلا ، فلا .

فرع

عن الشافعي رضي الله عنه : أن السلطان لايزوج مَن تدّعي غَيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر ، وأنها خليّة عن النكاح والعدة . فقيل : هذا واجب . وقيل : مستحب .

قلت : الأصح أنه مستحب، وبه قطع إبراهيم المروذي ، ذكره في آخر « كتاب الطلاق ». والله أعلم

فعلى هذا ، لو ألحت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير ، فهل له ذلك ؟ وجهان، ولايقبل في هذا إلاّ شهادة مطلّع على باطن أحوالها . وإن كان الولي الغائب ممَّن لايزوّج إلاّ باذن ، فقالت : ما أذنتُ له ، فللقاضي تحليفها على نفي الاذن .

قلت : قال الغزالي : وللقاضي تحليفها أن وليهـا لم يزوجها في الغيبـة إن رأى ذلك . ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى ، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان. والله أعلم

فرع

إذا غاب الوليُّ الاقربُ الغيبة المعتبرة ، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوِّج ، أو يستأذنه ليزوج القاضي .

فرع

في « فتـاوى » البغوي : أن القاضي إذا زوَّج من غاب وليُّهـا ، ثم قَدِمَ وليُّها بعد العقد ،بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد ، لم يصح النكاح .

الطرف الرابع : في تولِّـي طرَفي العقد ، فيه مسائل .

إحداها : هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه ؟ فيه وجهـان . اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز ، وصاحب « التلخيص » وجماعة من المتأخرين المنع .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : رجح المعتَبَرون الجواز . والله أعلم

فان جوزنا ، اشترط الاتيان بِشِقَّي الايجاب والقبول على الاصح . وقيل : يكفي أحدهما . وإن منعنا ، فان كانت بالغة ، زوَّجها السلطان باذنها ، ويقبل الجد للابن. وإن كانت صغيرة ، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن ، أو يبلـغ الصغير فيقبل ،

كذا حكاه الشيخ أبو علي وغيره . وذكر الامام تفريعاً على المنع : أنه يرفع إلى السلطان ليتولى أحد الطرفين . قال : ثم يحتمل أن يتخيَّر منهما ، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الولي ، وهذا مفروض فيما إذا كانت الولاية بسبب الجنون ، وإلاّ فغير الاب والجد لايزوج الصغير ولاالصغيرة .

[المسألة] الثانية : للعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ ، ولابن العم تزويجها بابنه على المذهب فيهما . هذا إذا أطلقت الاذن وجوّزناه . فان عيَّنته في الاذن، جاز قطعاً ، لانتفاء التهمة .

وإن زوّجها بابنه الطفل ، لم يصح على المذهب ، لانه نكاح لم يحضره أربعة ، وليس له قوة الجدودة .

[المسألة] الثالثة : إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها ، كابن العم ، والمعتق، والقاضي ، وأراد نكاحها ، لم تجز تولية الطرفين ، ولكن يزوج ابن العم مَن في درجته، فان لم يكن ، فالقاضي . وإن كان الراغب القاضي ، زوَّجه والٍ فوقه ، أو خرج إلى قاضي بلد آخر ، أو يستخلف مَن يزوجه إن كان له الاستخلاف . وإن كان الراغب الامام الاعظم ، زوَّجه بعضُ قضاته . هذا هو الصحيح . وفي الامام وجه مشهور : أنه يتولى الطرفين . وفي القاضي وابن العم وجه أبعد ، ويجيء مثله في المعتق. وحكي الوجه في القاضي عن أبي يحيى البلخي . ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها بابنه الصغير ، فكنفسه . وحيث جوزنا لنفسه ، فذلك إذا سمَّته في إذنها . فان أطلقت ، وجوّزنا الاطلاق ، فوجهان حكاهما الحناطي . وفي « فتاوى » البغوي : أنه لو أراد نكاح بنت عمه وهو وليها ، وهو غائب عنها ، زوَّجها به قاضي بلد المرأة ، لاقاضي بلد الرجل .

[المسألة] الرابعة : حين منعناه تولي الطرفين ، فوكَّل في أحدهما ، أو وكَّل

شخصين فيها ، لم يصح على الاصح ، لان فعل الوكيل فعل الموكل . وقيل : يصح ، لوجود العدد . وقيل : يجوز للجد ، لتمام ولايته من الطرفين . ولو وكّل الوليّ رجلاً ، ووكّله الخاطب ، أو وكّله في تزويجه لنفسه ، فتولى الطرفين ، لم يصح على الصحيح .

[المسألة] **الخامسة** : زوّج أمته بعبده الصغير ، وجوّزنا له إجباره ، فهو كتولي الجد طرفيه .

[المسألة] **السادسة** : ابنا عمٍّ ، أحدُهما لاب ، والآخر لابوين ، أراد الاول نكاحها ، يزوجه الثاني ، وإن أراد الثاني وقلنا : هما سواء ، زوّجه الاول ، وإلاّ ، فالقاضي .

[المسألة] **السابعة** : قالت لابن عمها أو معتقها : زوجني ، أو زوجني مَن شئت ، ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الاذن ، لان المفهوم منه التزويج بأجنبي . وإن قالت : زوجني نفسك ، حكى البغوي عن بعض الاصحاب : أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها . قال : وعندي لايجوز ، لانها إنما أذنت له ، لا للقاضي .

قلت : الصواب الجواز ، لان معناه : فوض إلى من يزوجك إياي . **والله أعلم**

الطرف الخامس : في التوكيل ، التوكيل بالتزويج جائز . فان كان الولي مجبراً ، فله التوكيل بغير إذنها على الصحيح . وقيل : يشترط إذنها ، حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد . فعلى هذا ، إن كانت صغيرة ، امتنع التوكيل . فعلى الصحيح : إذا وكّل لايشترط تعيين الزوج على الأظهر . ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد ، ففي اشتراط التعيين القولان . وقيل : لايشترط قطعاً ، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب ، بخلاف الوكيل . قال الامام : وظاهر كلام

الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة ، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض . فأمّا من أسقطت الكفاءة ، فلا معنى لاشتراط التعيين فيها . وإذا جوزنا التوكيل المطلق ، فعلى الوكيل رعاية النظر . فلو زوج لغير كفء ، لم يصح على الصحيح . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يصح ، ولها الخيار . فان كانت صغيرة ، خيّرت عند البلوغ .

ولو خطب كفآن ، وأحدهما أشرف ، فزوّج الآخرَ ، لم يصح . وإذا جوزنا الاذن المطلق ، فقالت : زوجني ممن شئتَ ، فهل له تزويجها غير كفء ؟ وجهان ، أصحها عند الامام والسرخسي وغيرهما : نعم ، كما لو قالت : زوجني ممن شئت كفءاً كان أو غيره . هذا كله إذا كان الولي مجبراً . فان كان غير مجبر ، لكونه غير الأب والجد ، أو كانت ثيباً ، ففيه صور .

إحداها : قالت : زوجني ووكل ، فله كل واحد منها .

الثانية : نهت عن التوكيل ، لايوكل .

الثالثة : قالت : وكل بتزويجي واقتصرتْ عليه ، فله التوكيل . وهل له أن يزوج بنفسه ؟ وجهان . أصحها : نعم .

الرابعة : قالت : أذنتُ لك في تزويجي ، فله التوكيل على الأصح ، لأنه متصرف بالولاية . ولو وكّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية ، لم يصح على الصحيح ، لأنه لايملك التزويج بنفسه حينئذٍ . والثاني : يصح . فعلى هذا ، يستأذن الوليُّ أو الوكيلُ للولي ، ثم يزوج . ولايجوز أن يستأذن لنفسه . ثم إذا وكّل غير المجبر بعد إذن المرأة ، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الاذن ؟ وجهان كما في توكيل المجبر .

قال الامام : وإذا عينت زوجاً ، سواء شرطنا تعيينها ، أم لا ، فليذكره الولي

للوكيل . فان لم يفعل وزوّج الوكيلُ غيره ، لم يصح . وكذا لو زوّجه،لم يصح على الظاهر،لأن التفويض المطلق - مع أن المطلوب معيَّن - فاسد . وهذا كما لو قال الولي للوكيل : بع مال الطفل بالغبن ، فباع بالغبطة ، لم يصح .

فرع

قالت : أذنتُ لك في تزويجي ، ولا تزوّجني بنفسك ، قال الامام:قال الأصحاب :لا يصح هذا الاذن ، لانها منعت الولي، وجعلت التفويض للأجنبي ، فأشبه الاذن للأجنبي ابتداءً.

فرع

في « فتاوى » البغوي: أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم ، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها ، فزوّجها الرجل باذنها ، هل يصح النكاح ؟ يبنى على أن استنابة القاضي في شغل معين - كتحليف وسماع شهادة - يجري مجرى الاستخلاف، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز قبل استئذانها ، وصح النكاح ، وإلا ، فلا يصح على الاصح ، كتوكيل الولي قبل الاذن .

فصل

في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح

فيقول وكيل الولي للزوج : زوّجتُك بنت فلان . فان كانَ الوكيل للزوج، قال الولي : زوّجت بنتي فلاناً ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له . فلو لم يقل :

« له » ، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج : « قبلت » ولم يقل : « نكاحها » .
ولو قال الولي لوكيل الزوج : زوّجت بنتي لك ، فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينعقد . وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل ، ولم ينصرف إلى الموكِّل بالنية .

ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولي : زوّجت فلانة فلاناً ، فقال وكيل الزوج : قبلتُ نكاحها لفلان ، صح . وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري : بعتك ، ويقول الوكيل : اشتريتُ وينوي موكلَه ، فيقع العقد الموكل وإن لم يسمه . وفرّقوا بينهما بوجهين . أحدهما : أن الزوجين كالثمن والمثمن ، ولابد من تسميتها . الثاني : أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لايقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة ، فأنكرها زيد ، لم يصح العقد . ولو اشترى لزيد ، فأنكرها ، صح الشراء للوكيل . ولو قال وكيل الزوج أولاً : قبلت نكاح فلانة منك لفلان ، فقال وكيل الولي : زوّجتُها فلاناً ، جاز . ولو اقتصر على قوله : زوجتها ، ولم يقل : فلاناً ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية ، فليقل الولي : زوّجتُ فلانة بابنك ، فيقول الأب : قبلتُ نكاحها لابني .

فرع

كانت بنتُه مزوجة أو معتدة ، فقال : إذا طلقتْ أو انقضت عدتها ، فقد

وكّلتُك بتزويجها ، فقولان ، كما لو قال : إذا مضت سنة ،فقد وكلتك بتزويجها .
وهذا تفريـع على أنه لو قال : وكّلتك بتزويجهـا إذا طلقها ، يصـح ، كقوله :
زوّجها إذا مضت سنة . وفي وجه : لا يصح هذا التوكيل ، وقد سبق بيانها في الوكالة .

فرع

لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذِكر المهر ، لكن لو سمّى قدراً ، لم يصـح التزويج بدونه، كما لو قال : زوّجها في يوم كذا ، أو مكان ،فخالف الوكيل، لا يصح. ولو أطلق التوكيل،فزوّج الوكيل بدون مهر المثل ، أو لم يتعرض المهر ، أو نفاه، ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من « كتاب الصداق » إن شاء الله تعالى. ولو وكله بقبول نكاح امرأة، وسمى مهراً ، لم يصح القبول بما زاد عليه . وإن لم يسمّ ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه، مهر المثل أو أقل . فان تزوّج له من لا تكافئه، لم يصح . وقيل : إن قبل بأكثر من مهر المثل ، أو بغير نقـد البلد ، أو بعين من أعيان مال الموكل ، أو من مال نفسه ، فوجهـان . أحدهما : يصح النـكاح، وعلى الموكل مهر المثل من نقد البـلد . والثاني : لا يصح، كالبيع . هكذا فصَّل المسألة البغوي .

ولك أن تتوقف في موضعين . أحدهمـا : تصحيـح إطلاق التوكيل في قبول نكاح امرأة ، لأنه لو وكله في شراء عبد، اشترط بيان نوعه وتفصيله ، فالاشتراط هنا أولى . الثاني : حكمه ببطلان قبول من لا تكافئه ، لأنا سنذكر أن الولي أن يزوج الصغير من لا تكافئه . وإذا جاز للولي ، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل.

قلت : هذا الاعتراض الثاني فاسد ، كما لو اشترى الوكيل معيباً ، بخلاف قوة ولاية الأب . وفي الاعتراض الأول أيضاً نظر ، والراجح المختار ماذكره البغوي . والله أعلم

فرع

قال : اقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا ، ففعل ، صح النكاح . وفي العبد وجهان . أحدهما : لاتملكه المرأة،بل على العبد مهر المثل . والثاني : تملكه . وهل هو قرض ، أم هبة ؟ وجهان .

الطرف السادس : فيما يلزم الولي . فان كان مجبراً ، فقد ذكرنا أن عليه الاجابة إلى التزويج إذا طلبت . ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند الحاجة بظهور أمارات التَّوَقان ، أو بتوقُّع الشفاء عند إشارة الأطباء ،ولايلزمه تزويج ولديه الصغير والصغيرة لعدم الحاجة . فلو ظهرت الغبطة في تزويجها ، ففي الوجوب احتمال للامام ، كما إذا طلب ماله بزيادة،يجب البيع . والوجوب في الصغير أبعد ، للزوم المؤن. أما غير المجبر ، فان تعين ،كأخ واحد ، لزمه الاجابة إذا طلبت كالمجبر ، ويجيء فيه الخلاف المذكور هناك . وإن لم يتعين كاخوة ، فطلبت من بعضهم ، وجبت على الأصح . ولو عضل الواحد أو الجمع ، زوَّج السلطان كما سبق .

فصل

إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصداق من مال الابن ، فان كان عَيناً، فذاك،ولاتعلق له بالأب . وإن كان دَيناً ، فقولان . القديم :أن الأب يكون ضامناً

للمهر بالعقد . والجديد : لايكون ضامناً ، إلا أن يضمن صريحاً ، كما لو اشترى لطفله شيئاً . فان كان الثمن عليه، لاعلى الأب ، قال ابن كج : القولان فيما إذا أطلق . فان شرطه على الابن ، فعلى الابن قطعاً .

ثم قال العراقيون وعامة الأصحاب : القولان إذا لم يكن للابن مال . فان كان، فالأب غير ضامن قطعاً . وقيل بطرد القولين . فان قلنا بالجديد ، فتبرع بالأداء ، لم يرجع ، وكذا الأجنبي . وإن ضمن صريحاً، وغرم، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه . فان ضمن بقصد الرجوع ، وغرم بقصد الرجوع ، رجع ، وإلا ، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الاذن . وإن ضمن بشرط براءة الأصيل ، قال القاضي حسين : إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل ، فهذا ضمان فاسد شُرِط في الصداق . وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يُفسد العقد ؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل ، فالشرط هنا فاسد، لأنه لادين في ذمة المعقود له . وإذا فسد الشرط ، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان» . فان قلنا بالقديم ، فغرم ، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي : لايرجع على الابن ،لانه غرم بالشرع ، كما لاترجع العاقلة على الجاني. واعترض الامام فقال : المطالبة متوجهة على الابن ، بخلاف الجاني . فعلى هذا ، يرجع إن قصد الرجوع عند الاداء ، وبهذا قطع البغوي . ولو شرط الاب أن لايكون ضامناً ، فمن القاضي :أنه يبطل العقد على القديم . قال الامام : وهذا وهم من الناقلين عنه ، فان النكاح لايفسد بمثل ذلك ، ولعله قال : يبطل الشرط ويلزم الضمان .

فصل

يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف ، وعليه استنماؤ قدر ما لاتأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك ، ولاتلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية . وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه ، لزمه بيعه . ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه ، وللطفل مال ، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه ، هكذا أطلقه الامام والغزالي في الطرفين ، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة ، بل بالاموال المعدّة للتجارة . أما مايحتاج إلى عينه ، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طالب بالزيادة. وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته . وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصاً ، لكنه عرضة للتلف ، ولا يتيسر بيعه لقلة الراغبين فيه ، فيصير كَلاً على مالكه.

قلت : هذا الذي قاله الرافعي ، هو الصواب ، ولا يغترّ بما خالفه . والله أعلم

فرع

إذا تضجر الاب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه ، رفع الامر إلى القاضي لينصب قيّماً بأجرة ، وله أن ينصب بنفسه ، ذكره الامام . ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله ، فالذي يوافق كلام الجمهور : أنه لايجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً ، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه ، فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في « الحجر » ، وذكر الامام أن هذا هو الظاهر . قال : ويجوز أن يقال : يثبت له أجرة ، لان له أن يستأجر ، فجاز له طلبها لنفسه ، وبهذا الاحتمال قطع الغزالي . وعلى هذا ، لابد من تقدير القاضي ، وليس له الاستقلال به ، وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل . فان وجد متبرع ، وطلب الاب الأجرة،

فقد أشار الامام إلى وجهين أيضاً . الصحيح : أنه لا يثبتهـا له ، للاستغناء عنه .
والثاني : يثبتها ، لزيادة شفقته ، كما تُقدَّم الام في الرضاع على قولٍ على المتبرعة .

الطرف السابع : في خصال الكفاءة .

إحداها : التنقي من العيوب المثبتة للخيار ، واستثنى البغوي منها التعنين وقال: لا يتحقق ، فلا ينظر إليه . وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره : التسوية بين التعنين وغيره ، وإطلاق الجمهور يوافقه . فمن به عيب ، ليس كفءاً لسليمةٍ منه ، وكذا إن كان بها ذلك [العيب] ، لكن مابه أفحش ، أو أكثر ، فليس بكفء . فان تساويا ، أو كان مابها أكثر ، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة ، ويجريان لو كان مجبوباً وهي رتقاء ، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة ، كالعمى ، والقطع ، وتشوّه الصورة . وقال : هي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض الاصحاب ، واختاره الصيمري .

الثانية : الحرية ، فلا يكون رقيق كفءاً لحرة أصليَّة ولا عتيقة ، ولا عتيقٌ لأصليَّة، ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يمس أحداً من آبائها ، ولا من مس أباً أقرب في نسبه لمن مس أباً أبعد من نسبها . ويشبه أن يكون الرق في الامهات مؤثراً ، ولذلك تعلق به الولاء.
قلت : المفهوم من كلام الاصحاب ، أن الرق في الامهات لا يؤثر كما سيأتي في « النسب » إن شاء الله تعالى . وقد صرح بهذا صاحب « البيان » فقال : من ولدته رقيقة كفء لمن ولدته عربيّة ، لانه يتبع الاب في النسب . والله أعلم

الثالثة : النسب ، فالعجمي ليس كفءاً للعربية ، ولا غير القرشي للقرشية ، ولا غير الهاشمي والمطلبي للهاشمية أو المطلبية . وبنو هـاشم وبنو المطلب أكفاء . وحكي وجه : أن قريشاً بعضهم أكفاء بعض ، ويعتبر النسب في العجم كالعرب . وقال القفال والشيخ أبو عاصم : لا يعتبر ، لانهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها . والاول أصح .

ومقتضاه الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضاً ، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء .

قلت : مقتضى كلام الاكثرين ، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة . وذكر الشيخ إبراهيم المروذي ، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة . ومما يتعلق بهذا ماحكاه في « البيان » عن الصيمري ، أنه قال : موالي قريش أكفاءٌ لقريش ، وكذا موالي كل قبيلة أكفاءٌ لها ، [قال] : وجمهور الاصحاب على أنهم ليسوا بأكفاءٍ ، وهو الصحيح . والله أعلم

فرع

الاعتبار في النسب بالأب ، فمن أبوه عجمي وأمه عربية ، ليس بكفءٍ لمن أبوها عربي وأمها عجمية .

الرابعة: الدين والصلاح،فمن أسلم بنفسه،ليس كفءاً لمن لها أبوان أو ثلاثة في الاسلام ، وقيل : كفءٌ،وقيل : لاينظر إلا إلى الأب الاول والثاني،فمن له أبوان في الاسلام، كفءٌ لمن لها عشرة آباء في الاسلام ، والأول أصح . والفاسق ليس بكفءٍ للعفيفة ، ولاتعتبر الشهرة ، بل من لايشهر بالصلاح كفءٌ للمشهورة به . وإذا لم يكن الفاسق كفءاً للعفيفة ، فالمبتدع أولى أن لايكون كفءاً للنسيبة ، وقد نص عليه الروياني رحمه الله .

الخامسة : الحرفة . فأصحاب الحِرَف الدنيَّة ليسوا أكفاءً لغيرهم . فالكنَّاس ،

والحجَّام ، وقيّم الحمام ، والحارس ، والراعي ونحوهم ، لايكافؤون بنت الخياط ، والخياط لايكافىء بنت تاجر أو بزّاز ، ولا المحترف بنت القاضي والعالم .

وذكر في « الحلية » أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ، لان في بعض البلاد التجارة أولى من الزراعة ، وفي بعضها بالعكس .

فرع

الحرفة الدنيّة في الآباء ، والاشتهار بالفسق ، ممايعيَّر به الولد ، فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيَّة ، أو مشهوراً بفسق ، مع من أبوها عدل، كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم .

والحق أن يجعل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيّز النسب ، فان مفاخر الآباء ومثالبهم ، هي التي يدور عليها أمر النسب ، وهذا يؤكد اعتبار النسب في العجم . ويقتضي أن لاتطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب .

السادسة : اليسار على وجه . والاصح : أنه غير معتبر . فان اعتبرناه ، فوجهان . أحدهما : أن المعتبر يسار بقدر المهر والنفقة ، فاذا أيسر به ، فهو كفء لصاحبة الالوف . وأصحها : لايكفي ذلك ، بل الناس أصناف ، غني ، وفقير ، ومتوسط، وكل صنف أكفاء وإن اختلفت المراتب . وفي « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوَّج بنته البكر بمهر مثلها رجلاً معسراً بغير رضاها ، لم يصح النكاح على المذهب ، لانه بخس حقها ، كتزويجها بغير كفء .

فرع

ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمال ونقيضه ، لكن ذكر الروياني ، أن الشيخ لايكون كفءاً للشابة على الاصح ، وأن الجاهل ليس كفءاً للعالمة ، وهذا فتح باب واسع .

قلت : الصحيح خلاف ماقاله الروياني . قال أصحابنا : وليس البخل والكرم والطول والقِصَر معتبراً . قال الصيمري : واعتبر قوم البلد ، فقالوا : ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة ، ليس كفءاً لساكن الجبال ، قال : وهذا ليس بشيء. والله أعلم

فرع

مقتضى كلام الجمهور ، أن خصال الكفاءة لاتقابل بعضها ببعض ، وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي ،حتى لاتزوّج سليمة من العيوب دنيّة بمعيب نسيب ، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف ، ولا رقيقة عفيفة بحرٍ فاسق ، وتكفي صفة النقص في المنع . وفصّل الامام فقال : السلامة من العيوب لاتقابل بسائر فضائل الزوج ، وكذا الحرية ، وكذا النسب .

وفي انجبار دناءة نسبه بعفته الظاهرة ، وجهان . أصحها : المنع ، قال : والتنقي من الحرف الدنيّة ، يقابله الصلاح وفاقاً . والصلاح إن اعتبرناه ، يقابل بكل خصلة ، والأمةُ العربية بالحرّ العجمي على هذا الخلاف .

فرع

قال الامام والغزالي : لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظَّلَمَة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم ، وهذا الذي قالاه ، لايساعده كلام النَّقَلَة . وقد قال المتولي : للعجم عرف في الكفاءة ، فيعتبر عرفهم .

واعلم أن صاحب « الشامل » نقل قولاً عن كتاب البويطي : أن الكفاءة في الدِّين وحده ، والمشهور ماسبق .

فصل

الكفاءة حق المرأة والولي واحداً كان أو جماعة مستوين في درجة . فان زوَّجها بغير كفء وليُّها المنفرد برضاها ، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقين، صح النكاح ، فالكفاءة ليست شرطاً للصحة . وإذا زوَّجها الولي الأقرب بغير كفء برضاها ، لم يكن للأبعد الاعتراض . فلو كان الذي يلي أمرها السلطان ، فهل له تزويجها بغير كفء إذا طلبته ؟ قولان أو وجهان . أصحها : المنع، لأنه كالنائب، فلا يترك الحظ . ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفء برضاها دون رضى الباقين، لم يصح على المذهب . وفي قول : يصح ، ولهم الخيار في فسخه . وقيل : يصح قطعاً . وقيل : لايصح قطعاً . وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها ،وكانت قد أذنت في التزويج مطلقاً ،وقلنا : لايشترط تعيين الزوج ،أو زوَّج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفء بغيرإذنها ، لم يصح على المذهب .وقيل: يصح. وقيل : إن علم الولي عدم الكفاءة ، فالنكاح باطل ، وإلا ، فصحيح. وإذا صححنا، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة ، وإن كانت صغيرة ، فاذا بلغت ، تخيَّرت .وحكى الامام

وجهاً : أنها لاتتخيَّر،وعليها الرضى بعقد الأب . وهل للولي الخيار في صغرها ؟ وجهان . ورواهما القاضي أبو الطيب قولين . أحدهما : نعم،كما لو اشترى للصغير معيباً . والثاني : لا ، لأنه خيار شهوة . وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبغوي ورآه الامام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج ، فان علم ، فلا خيار له . وطرده ابن كج وآخرون في حالتَي العلم والجهل ،وقالوا : ليس هو عاقداً لنفسه حتى يؤاخذ بعلمه .

فرع

في « فتاوى » البغوي : أنها لو أقرت بنكاح لغير كفء ، فلا اعتراض للولي، لأنه ليس بإنشاء عقد ، ولا يُقبل قوله :«مارضيتَ »،كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي ، لايقبل إنكاره ،قال : ولو زوَّجتْ بوكالة،ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة، فالقول قول الولي . فلو أقرت بالنكاح ، قبل قولها .

فرع

إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لاتكافئه ، نظر ، فان كانت معيبة بعيب يثبت الخيار ، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفء .والمذهب: أنه يصح . وقيل : لايصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعاً ، لأنه بذل مال في بضع لاينفع ، بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوب . وإن زوَّجه أمة ، لم يصح ، لأنه لايخاف العنت . وإن زوجه بمن لاتكافئه بجهة أخرى ، صح على الأصح ،إذ لاعار على الرجل في استفراش من دونه . فان صححنا ، فالتفريع كما سبق في الصغيرة . وإن زوجه عمياء ، أو عجوزاً، أو مفقودة بعض الأطراف ، فوجهان . ويجب أن

يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهِمّ الوجهان . وإن زوّج المجنون أمة ، جاز إن كان معسراً وخشي عليه العنت . وفي وجه : لايجوز ، لأنه لايخشى عليه وطء يوجب حداً أو إثماً،وهو ضعيف . وإن كان النقص بسبب آخر، فعلى ماذكرنا في الصغيرة .

فرع

زوج بنته بخنثى قد بان رجلاً ، أو ابنه بخنثى قد بان امرأة ، فان أثبتنا الخيار بهذا السبب ، فالخنثى كالمجنون والمجنونة ، وإلاّ ، فكالأعمى .

قلت : الخصي كالخنثى في هذا ، قال البغوي : وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوّجها بخصي أو خنثى . والله أعلم

فرع

للسيد أن يزوّج أمته برقيق ودنيء النسب ، ولايزوجها من به عيب يثبت الخيار، ولا من لايكافئها بسبب آخر . فان خالف ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ولها الخيار؟ فيه مثل الخلاف السابق . وفي وجه ضعيف : يصح بلا خيار . ولو زوجها بعيب برضاها ، لم يكن لها الامتناع من تمكينه ، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب . وهل لها الامتناع من تمكينه ؟ وجهان .

قلت : قال المتولي : أصحهما : يلزمها التمكين .

ومما يتعلق بالفصل ، لو زوّجها بعض الأولياء بكفء بدون مهر المثل برضاها دون رضى بقية الأولياء ، صح قطعاً ، إذ لاحق لهم في المهر ، ولاعار . ولو طلبت

التزويج برجل، وادعت كفاءته، وقال الولي: ليس بكفء، رفع إلى القاضي، فان ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فان امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به. قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقين بغير كفء، فاختلعت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقين، فقيل: يصح قطعاً، لأنهم رَضُوا به أولاً. وقيل: على الخلاف، لأنه عقد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف. قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفء، فسكتت، فهل يصح قطعاً، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقان. والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب. قال الشافعي رحمه الله في «الاملاء»: لو زوَّج أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوَّجها بغير رضاها، وأنها لا ترث، فقالت: زوَّجني برضاي، فالقول قولها وترث، قال في «الاملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فمات، ورثته، وإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها. ولو أقرت بزوجية رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم

الطرف الثامن: في اجتماع الأولياء. فاذا اجتمعوا في درجة، كالاخوة والاعمام وبنيهم، استحب أن يزوجها أفضلهم بالفقه أو الورع، وأسنهم، برضى الباقين، لأن هذا أجمع للمصلحة. ولو تعارضت هذه الخصال، قدّم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن. ولو زوّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفء، صح، ولا اعتراض للباقين. ولو تنازعوا، وقال كلٌ: أنا أزوج، نظر، إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فان رضيتهما جميعاً، نظر القاضي في الأصلح وأمر بتزويجه، كذا ذكره البغوي وغيره. وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على العقد، أقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، زوّجها، فان بادر غيره فزوّجها، صح على الأصح. وقيل: لا يصح.

فعلى هذا ، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي ، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي ؟ فيه تردد للامام . هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الانفراد ، أو قالت : أذنتُ في فلان ، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به . ولو قالت : زوجوني ، اشترط اجتماعهم على الأصح . ولو قالت: رضيت أن أزوَّج، أو رضيتُ بفلان زوجاً، فوجهان . أحدهما : ليس لأحد تزويجها ، لأنها لم تأذن لجميعهم إذناً عاماً ، ولا خاطبت واحداً ، فصار كقولها : رضيت أن يباع مالي . وأصحهما : يصح ، ولكل واحد تزويجها ، لأنهم متعينون شرعاً ، والشرط رضاها وقد وجد . فعلى هذا ، لو عيَّنت بعد ذلك واحداً ، ففي انعزال الباقين وجهان . وقطع في « الرقم » بالانعزال ، وقطع البغوي بخلافه .

قلت : الأصح عدم الانعزال ، وغلَّط الشاشي من قال بالانعزال . والله أعلم

فصل

إذا أذنت لاحد الوليين أن يزوجها بزيد ، وللآخر أن يزوجها بعمرو ، وأطلقت الاذن ، وصححناه ، فزوَّج واحدٌ زيداً ، وآخر عمراً ، أو وكل الولي المجبر رجلاً ، فزوجها الولي زيداً ، والوكيل عمراً ، أو وكل رجلين ، فزوَّج أحدهما زيداً ، والآخر عمراً ، فللمسألة خمس صور .

إحداها : أن يسبق أحد النكاحين ونعلمه ، فهو الصحيح . والثاني باطل ، سواء دخل الثاني ، أم لا ، وإنما يعلم السبق بالبينة أو التصادق .

الثانية : أن يقعا معاً ، فباطلان . ولو اتحد الخاطب ، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معاً ، صح على الصحيح ، ويتقوَّى كل واحد من الايجابين بالآخر ،

وحكى العبادي عن القاضي وغيره : أنه لا يصح ، لانه ليس أحدهما أولى بالاعتبار ،فتدافعا .

الثالثة : إذا لم يعلم السبق والمعيَّة ،وأمكنا ، فباطلان ، لان الاصل عدم الصحة، كذا أطلقه الجمهور ،ونقل الامام وغيره وجهاً : أنه لا بد من إنشاء فسخ ،لاحتمال السبق.

الرابعة : أن يسبق واحد معين ، ثم يخفى ، فيتوقف حتى يبين ، ولا يجوز لواحد منهما الاستمتاع بها ولا لثالث نكاحها ، إلا أن يطلقاها ، أو يموتا ، أو يطلق أحدهما ، أو يموت الآخر .

قلت : ولا بدّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما . والله أعلم

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة ،وهو ضعيف.

الخامسة : إذا علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عينه ، فباطلان على المنصوص ، وهو المذهب ، كما لو احتمل السبق والمعيّة لتعذر الامضاء . وقيل : قولان ، أحدهما هذا ، والثاني مخرَّج من الجمعين في مثل هذه الصورة : أنه يتوقف كما في الصورة الرابعة . فعلى المذهب ، هل يبطلان بلا فسخ ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ ؟ فيه الخلاف السابق في الصورة الثالثة ، فان شرطنا الانشاء ، ففيمن يفسخ أوجه . أصحها: الحاكم أو المحكَّم إن جوزنا التحكيم . والثاني : للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحاكم. والثالث : للزوجين الفسخ أيضاً . وحيث أبطلنا النكاحين ، فلا مهر ، إلاّ أن يوجد دخول ، فيجب مهر المثل . وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والمعيّة ، وفيما إذا سبق أحدهما ولم يعلم ، فهل يبطل ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ وجهان . فعلى الاول ، لو ظهر وتعين السابق بعدُ ، فلا زوجية . ولو نكحت ثالثاً، فهي زوجة الثالث . وإن قلنا بالثاني ، فالحكم بخلافه .

قلت : ينبغي أن يقال: الأصح : أنه إن جرى فسخ من الحاكم، انفسخ أيضاً باطناً، وإلا ، فلا . والله أعلم

فرع

إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما ، وقفنا من تركته ميراث زوجه . ولو ماتت، وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال ، وفي وجوب نفقتها في مدة التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به ، وجهان . أحدهما : لا ، لعدم التمكين ، والأصل البراءة . والثاني : نعم، لصورة العقد وعدم النشوز مع حبسها . والأول أصح عند الامام . وبالثاني قطع ابن كج . فان أوجبنا ، وزّعت عليهما . فان تعين السابق ، رجع الآخر عليه بما أنفق . قال أبو عاصم : ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهذا قطع ابن كج ، وأما المهر ، فلا يطالب به واحد منهما .

فرع

جميع ما سبق ، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد . أما إذا تنازعوا، وادعى كل زوج سبقه ، وأنها زوجته ، فينظر ، إن لم يدّعيا عليها ، لم يعتبر قولهما، ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر ، ولا يحلّف أحدهما الآخر . هكذا قاله الجمهور . وقال الصيدلاني والعبادي في « الرقم » : يحلفان فلعله يظهر الحق . قال الامام : هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال ، بل تراجع هي . فان اعترفا بأنها لم تعلم ، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الاقراع . فان حلفا

أو نكلا ، فهو كما لو اعترفا بالاشكال . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له .
وإن ادعيا على المرأة،فذاك ضربان . أحدهما : أن يدعيا علمها بالسبق . فان كانت الصيغة:إنها تعلم سبق أحد النكاحين ، لم تسمع الدعوى،للجهل . وإن قال كل واحد: هي تعلم أن نكاحي سابق،فقال صاحب « التقريب » والشيخ أبو محمد وغيرهما : يبنى على القولين في إقرار المرأةبالنكاح ، هل يقبل ؟ فان لم يقبل ، لم تسمع الدعوى ، إذ لافائدة . وإن قلنا : تقبل وهو الأظهر ، سمعت . وحينئذٍ ، إما أن تُنْكِر ، وإما أن تقِر .

الحالة الأولى : أن تُنْكِر العِلْم بالسبق ، فتحلف عليه . وهل يكفي لهما يمين واحدة ، أم يجب يمينان ؟ قال البغوي : يمينان . وقال القفال : إن حضرا وادعيا، حلفت يميناً ، وهو مقتضى كلام ابن كج . وقال الامام : إن حضرا ورضيا بيمين ، كفت . وإن حلفها أحدهما ، ثم حضر الآخر ، فهل له تحليفها ؟ وجهان ، لأن القضية واحدة ، ونفي العلم بالسبق يشملها . فاذا حلفت كما ينبغي ، فقيل : لاتحالف بين الزوجين ، وقد أفضى الأمر إلى الاشكال ،وضعفه الامام وقال : إنما حلفت على نفي العلم بالسبق ، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة ، فيبقى التداعي والتحالف بينهما . والذي أنكرناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها ، وبهذا قطع الغزالي . وإن نكلت هي ، رددنا اليمين عليهما . فان حلفا أو نكلا ، جاء الاشكال، وإلا فيقضى للحالف ، وإذا حلفا ونكلا ، فلاشيء لهما عليها . وفي كتاب الحناطي وجه : أنها إذا حلفا واندفع النكاحان ، فلكل واحد عليها مهر المثل ، وهو ضعيف .

ويمينها-حلفت أو نكلت-تكون على البَتّ دون نفي العلم،ولاحاجه إلى التعرّض لعلمها.

الحالة الثانية : أن تقر لأحدهما بالسبق ، فيثبت النكاح [له] . وفي سماع دعوى الثاني عليها وتحليفها قولان بناءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول هل تغرم للثاني ؟ وفيه القولان السابقان في الاقرار لعمرو بدار أقرّ بها لزيد

أولاً . فان قلنا : تغرم ، سمعت الدعوى وحلفها ، وإلا ، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كاقرار المدعى عليه ، أو كبينة يقيمها المدعي ؟وفيه قولان . أظهرهما : كالاقرار . فعلى هذا ، لاتسمع دعواهــا ، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها ، وهو كاقرارها ، ولافائدة فيه على هذا القول . وإن قلنا: كالبينة ، فله أن يدعي ويحلفها . فان حلفت ، سقطت دعواه . وإن نكل ، ردت اليمين عليه . فـان نكل ، فكذلك . وإن حلف ، بني على أن اليمين المردودة كالاقرار ، أم كالبينة ؟ إن قلنـا : كالاقرار ، فوجهان . أحدهما : يندفع النـكاحان، لتساويها في أن مع كل واحد إقراراً . وحكي هذا عن نصه في القديم . وأصحها: استدامة النكاح للأول ، ولا يرتفع بنكولهـا المحتمل للتورع ، فيصير كما لو أقرت للأول ، ثم للثاني . وإن قلنا : كالبينة . فقيل : يحكم بالنكاح للثاني ، لأن البينة تقدم على الاقرار . وبهذا قطع في « المهذب » .وقال الصيدلاني وآخرون:الصحيح استدامة النـكاح للأول ، لأن اليمين المردودة إنمـا تجعل كالبينة في حق الحـالف والناكل ، لافي حق غيرهما .

وإذا اختصرت قلت:هل يندفع النكاحان، أم تسلَّم للاول ،أم للثاني ؟فيه أوجه . إن سلمت للأول،غرمت للثاني ، وحيث تغرم، نغرّمها مايغرم شهود الطلاق إذا رجعوا؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع

لو كانت خرساء ، أو خرست بعد التزويج ، فأقرت بالاشارة بسبق أحدهما ، لزمها الاقرار ، وإلا ، فلا يمين عليها ، ودخل حال الاشكال ، حكي هذا عن نصه .

فرع

حلفت لأحدهما: لاتعلم سبقه ، لاتكون مقرة للآخر ، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق، كانت مقرة للآخر ، كذا قاله الامام والبغوي . والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما ، وإلا ، فيجوز أن يقعا معاً ، فلا تكون مقرة بسبق الآخر .

الضرب الثاني : أن يدّعيا عليها زوجيَّة مطلقة ، ولا يتعرضا لسبق، ولا لعلمها به، فهذا يبنى على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانه في « كتاب الدعوى والبينات » . فان سمعنا دعوى النكاح مطلقة ، أو فصّلا القدر المحتاج إليه ، ولم يتعرضا للسبق ، لزمها الجواب الحازم ، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق، لكنها إذا لم تعلم ، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته ، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا، وطلب غرمه من التركة ، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف .

ولو ادعى [أنّ] عليه تسليم كذا من التركة ، حلف أنه لا يلزمه التسليم. وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم .

فرع

هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة . فان ادّعيا على الولي ، فان لم يكن مجبراً ، لم تسمع الدعوى ، لأن إقراره لايقبل . وإن كان مجبراً ، فوجهان . أحدهما : كذلك ، لأنه كالوكيل . وأصحهما : تسمع ، لأن إقراره مقبول ، ومن قُبِل إقراره، توجهت عليه الدعوى واليمين ، فعلى هذا إن كانت صغيرة ، حلف الأب . وإن كانت كبيرة ، فوجهان . أحدهما : لا يحلف، للقدرة على تحليفها . وأصحهما : يحلف .

ثم إن حلف الأب ، فللمدعي أن يحلّف البنت أيضاً . فان نكلت ، حلف اليمين المردودة، وثبت نكاحه . وفي « التهذيب »: أن المرأة إذا كانت بالغة ،بكراً أو ثيباً، فالدعوى عليها .

الباب الخامس
في المولى عليه

الاسباب المقتضية لنصب الولي خمسة : الصغر ، والانوثة ، والجنون ، والسفه ، والرق ، وقد سبق حكم الاوّلين .

السبب الثالث : الجنون . فان كان المجنون كبيراً، لم يزوّج لغير حاجة ، ويزوج للحاجة،وذلك بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك. أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ، ولايجد في محارمه من يحصل هذا ، وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية ، أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح . وإذا جاز تزويجه ، تولاه الاب،ثم الجد ، ثم السلطان ،دون سائر العصبات ، كولاية المال . وإن كان المجنون صغيراً ، لم يصح تزويجه على الصحيح . وقيل : يزوجه الاب أو الجد ، وطرد الشيخ أبو محمد الوجهين في الصغير العاقل الممسوح .

ومتى جاز تزويج المجنون ، لم يزوج إلاّ امرأة واحدة ، والمخبل كالمجنون في النكاح ،وهو الذي في عقله خلل،وفي أعضائه استرخاء ، ولاحاجة به إلى النكاح غالباً . ويجوز أن يزوّج الصغير العاقل أربعاً على الاصح . وقيل : لايجوز أن يزيد على واحدة .

قلت : وفي «الابانة» وجه : أنه لايجوز تزويجه أصلاً ، وزعم أنه الاصح، وهو غلط .

ثم إنما يزوج الصغيرَ العاقلَ الابُ والجدُّ ، ولايصح تزويج الوصي والقاضي ، لعدم الحاجة وانتفاء كمال الشفقة ، هذا هو الصواب الذي عليه في البويطي،وصرح به الجمهور . وقال في « البيان » : يجوز الوصي والحاكم كالاب ، وليس بشيء . والله أعلم

فرع

في المجنونة أوجه . الصحيح : أن الأب ـ والجد عند عدمه ـ يزوّجانها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، بكراً أم ثيباً . والثاني : لايستقلان بتزويج الكبيرة الثيب،بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها . والثالث : لايزوَّج الثيبُ الصغيرة كما لو كانت عاقلة ، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر .

ثم لايشترط في تزويجها ظهور الحاجة ، بل يكفي ظهور المصلحة ، بخلاف المجنون ، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة ، ويغرَّم المجنون .

وسواء التي بلغت مجنونة ، ومن بلغت عاقلة ثم جُنّت ، بناءً على أن من بلغ عاقلاً ثم جُنّ ، فولاية ماله لأبيه ،وهو الأصح . وإن قلنا : إنها للسلطان ، فكذا التزويج .

وأما المجنونة التي لاأب لها ولاجد ، فان كانت صغيرة ، لم تزوج ، إذ لاإجبار لغير الأب والجد ، ولاحاجة لها في الحال .وإن كانت بالغة ، ففيمن يزوجها وجهان. أحدهما : القريب كالأخ والعم ، لكن لاينفرد به ،بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها . فان امتنع القريب ، زوجها السلطان كما لو عضلها . وأصحها : يزوجها السلطان كما يلي مالها ، لكن يراجع أقاربها،لأنهم أعرف بمصلحتها وتطييباً لقلوبهم ، وهذه المراجعة واجبة ،أم مستحبة ؟ وجهان. صحح البغوي الوجوب ، وضعفه الامام.

فان أوجبنا المشاورة ، فلم يشيروا بشيء ، استقلّ السلطان . ويجري الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون . ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب ، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها ، أو يقول أهل الطب : يرجى بتزويجها الشفاء .

أما إذا لم تظهر ، وأراد التزويج لكفاية النفقة ،أو لمصلحة أخرى ، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة ؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لغير الأب والجد ؟ فيه وجهان . أصحها : الثاني . قال الامام: واتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد .

فرع

البالغ المنقطع جنونه ، لايصح تزويجه حتى يفيق فيأذن ، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته . فلو عاد الجنون قبل العقد ، بطل الاذن ، كما تبطل الوكالة بالجنون، وهكذا الثيب المنقطع جنونها . وأما المغلوب على عقله بمرض ، فتنتظر إفاقته ، فان لم تتوقع إفاقته ، فكالمجنون .

السبب الرابع : السفه . فالمحجور عليه لسفه ، لايستقل بالتزوج ، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه . فان أذن له الولي فتزوج ، جاز على الصحيح ، وعن أبي الطيب ابن سلمة وغيره : أنه لايجوز كالصبي .

فعلى الصحيح ، إن عين له امرأة ، لم يصح نكاح غيرها ، ولينكحها بمهر المثل أو أقل . فان زاد ، فحكى ابن القطان قولاً مخرجاً : أن النكاح باطل. والمشهور صحته ، لأن خلل الصداق لايفسد النكاح . فعلى هذا ، تبطل الزيادة ، ويجب مهر المثل . وقال ابن الصباغ : القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل .

والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة مهر المثل من المعيَّن ، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة .

وإن قال له الولي : انكح امرأة من بني فلان ، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل ولو قدَّر المهر ، ولم يعيّن المرأة ،فقال:انكح بألف ،فلينكح امرأة بألف . فان كان مهر مثلها ألفاً فأكثر ، فالنكاح صحيح بالمسمى . وإن كان أقل ، صح النكاح بمهر المثل، وسقطت الزيادة . وإن نكح بألفين ، فان كان مهر مثلها أكثر من ألف ، لم يصح النكاح ، لان الولي لم يأذن في أكثر من ألف . وفي الرد إلى ألف إضرار بها . وإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل ، صح النكاح بمهر المثل ،وسقطت الزيادة . وعن تخريج ابن خيران وابن القطان ، أنه متى زاد على ما أذن به الولي ، بطل النكاح بكل حال . ولو جمع الولي في الاذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر، فقال : انكحْ فلانة بألف ، فان كان مهر مثلها دون الألف ، فالاذن باطل . وإن كان ألفاً ، فنكحها بألف أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . وإن زاد، سقطت الزيادة . وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، فان نكح بألف ، صح النكاح بالمسمى ، وإن زاد، لم يصح النكاح ، هكذا ذكره البغوي .

أما إذا أطلق الولي الاذن ،فقال : تزوَّجْ ، فوجهان . أحدهما : [وهو] محكي عن أبوي علي :ابن خيران ،والطبري.وعن الداركي ، أنه يلغو الاذن،ولا بد من تعيين امرأة ،أو قبيلة ، أو مهر . وأصحهما : يكفي الاطلاق كالعبد . فعلى هذا ، لو تزوج بأكثر من مهر المثل ، صح النكاح،وسقطت الزيادة . وإن تزوج بمهر المثل أو أقل، صح النكاح بالمسمى . لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، فوجهان حكاهما ابن كج . اختيار الامام وبه قطع الغزالي : أنه لايصح النكاح ،بل يتقيد

بموافقة المصلحة . ذكر ابن كج تفريعاً على اعتبار الاذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفيه إلى غيرها [فنكحها] بمثل مهر المعينة ، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات .

فرع

قال : انكحْ مَن شئتَ بما شئتَ ، ذكر بعضهم أنه يبطل الاذن، لأنه رفع الحجرَ بالكلية .

فرع

قال ابن كج : الاذن للسفيه في النكاح ، لايفيده جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر .

فرع

أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه ، ففي اشتراط إذن السفيه وجهان . أحدهما : لا، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته . فاذا عرف حاجته ، زوّجه كما يكسوه ويطعمه . وبهذا قال الشيخ أبو حامد والعراقيون . وأصحهما : نعم ،لأنه حر مكلف .

وقد نص الشافعي رحمه الله في « المختصر » : أن السفيه يزوجه وليه ، فربما استأنس به الأوّلون ، وحمله الآخرون على أصل التزويج ، ثم يراعى شرطه ،ونقل الربيع : أنه لايزوجه وليه ، واتفقوا على أنه ليس اختلاف قول ، بل حمل قوم رواية الربيع على القيّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج ، وبعضهم على ما إذا

لم يحتج السفيه إلى النكاح . ثم إذا قبل له الولي النكاح،فليقبل بمهر المثل أو أقل، فان زاد ، كان كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهر المثل . ففي قول : يبطل النكاح . والأظهر : أنه يصح بمهر المثل .

فرع

لو نكح السفيه بغير إذن الولي ، فنكاحه باطل،ويفرّق بينهما . فان كان دخل بها، فلاحدّ ، للشبهة . وفي المهر أوجه . أصحها : لايجب، كما لو اشترى شيئاً فأتلفه . وفيه إشكال من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تزوّج ولاعلم لها بحال الزوج . والثاني : يجب مهر المثل . والثالث : يجب أقل مايتمول .

قلت : وإذا لم نوجب شيئاً ، ففك الحجر ، فلا شيء [عليه] على المذهب ، كالصبي إذا وطىء ثم بلغ . وحكى الشاشي فيه وجهين . والله أعلم

فرع

قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفيه حاجته [إليه] ، وإلاّ ، فهو إتلاف ماله بلا فائدة ، وبنَوا على هذا أنه لايزوّجه إلاّ واحدة كالمجنون . قالوا : والحاجة بأن تغلب شهوته ، أو احتاج إلى من يخدمه ولم تقم محرم بخدمته ، وكانت مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها ، ولم يكتفوا في الحاجة بقول السفيه ، لأنه قد يقصد إتلاف المال ، بل اعتبروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة . وحكى الامام وجهاً أنه يجوز تزويجه بالمصلحة كالصبي ، ولم يعتبر الامام والغزالي ظهور أمارات الشهوة ، واكتفيا فيها بقول السفيه .

فرع

إذا طلب السفيه النكاح مع ظهور أمارة الحاجة إن اعتبرناه ، أو دونه إن لم نعتبره ، وجب على الولي إجابته . فان امتنع فتزوج السفيه بنفسه ، فقد أطلق الأصحاب في صحة النكاح وجهين . أصحهما عند المتولي : لايصح . وقال الامام والغزالي : إذا امتنع الولي ، فليراجع السفيه السلطان كالمرأة المعضولة . فان خفت الحاجة ، وتعذّرت مراجعة السلطان ، ففي استقلال السفيه حينئذٍ الوجهان .

فرع

يصح طلاق المحجور عليه ، فان كان مِطلاقاً ، سُرّي بجارية .

فرع

الكلام فيمن يلي أمر السفيه ، سبق في « الحجر » . وذكر أبو الفرج الزاز : أنه إن بلغ رشيداً ، ثم طرأ السفه ، فنكاحه متعلق بالسلطان . وإن بلغ سفيهاً ، فهل يفوض إلى السلطان ، أم إلى الأب والجد ؟ وجهان . وأطلق ابن كج أنه يزوجه القاضي ، وأنه إن جعله في حجر إنسان ، زوّجه الذي هو في حجره . وقال الامام : إن فوض إلى القيم التزويج ، زوّج ، وإلا ، فلا .

قلت : الأصح أنه إن كان له أب أو جد ، فالتزويج إليه ، وإلا ، فلا يجوز أن يزوّجه إلاّ القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه . وممن صرح بهذا التفصيل وجزم به ، الشيخ أبو محمد في شرح « المختصر » . والله أعلم

فرع

قال البغوي : إقرار السفيه بالنكاح لايصح ، لأنه ليس ممن يباشره ، وهذا قد يشكل باقرار المرأة .

فرع

للمحجور عليه بفلس النكاحْ ، وتكون مؤنته في كسبه ، لافيما في يده .

السبب الخامس : الرق . فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل ، وباذنه صحيح ، سواء كان سيده رجلاً أو امرأة . ويجوز إذن سيده في امرأة معينة ، أو واحدة من القبيلة ، أو البلدة ، ويجوز مطلقاً . وإذا قيد ، فعدل العبد عن المأذون فيه ، لم يصح نكاحه . وحكى الحناطي وجهاً أنه إن كان قدّر مهراً ، فنكح غير المعينة به ، أو بأقل ، صح ، والصحيح الاول . وإذا أطلق الاذن ، فله نكاح حرة أو أمة ، وفي تلك البلدة أو غيرها ، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأخرى . ولو قدر مهراً ، فزاد ، فالزيادة في ذمته ، يطلب بها إذا عتق .

ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل ، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات . أصحها : صحة النكاح ، ووجوب المسمى في الحال . والثاني : أن الزيادة على مهر مثلها ، يطلب بها إذا عتق . والثالث : بطلان النكاح . ولو رجع عن الاذن ولم يعلم به العبد حتى نكح ، فهو على الخلاف في الوكيل ، كذا ذكره ابن كج . ولو طلق العبد بعدما نكح باذن سيده ، لم ينكح أخرى إلا باذن جديد . ولو نكحها نكاحاً فاسداً ، فهل له نكاح أخرى ؟ فيه خلاف مبني على أن الاذن يتناول الفاسد ، أم يختص بالصحيح ، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟ قولان . القديم : نعم . والجديد: لا. فان كان صغيراً ، فالأصح أنه كالكبير . وقيل : يجبر قطعاً ،واختاره ابن كج . والكبير المجنون كالصغير ، فان جوزنا الاجبار ، فالسيد أن يقبل النكاح للبالغ ، وله أن يكرهه على القبول ، ويصح،لأنه إكراه بحق، كذا قاله البغوي . وقال المتولي : لايصح قبوله كرها ، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كاقرار الأب على بنته . ويجوز أن يزوج أمته بعبده الصغير والكبير ، ولايجب مهر . وفي استحباب ذكره قولان . الجديد : استحبابه . وإذا طلب العبد النكاح ، فليجبه السيد، ولاتجب الاجابة على الأظهر . فان أوجبنا،فامتنع سيده ، زوّجه السلطان كالمضولة. ولو نكح بنفسه ، قال الامام : هو كما لو طلب السفيه وامتنع الولي فنكح بنفسه. والمدبَّر والمعلق عتقه كالقن . ومن بعضه حر لايجبر ولايستقل ، وفي وجوب إجابته الخلاف . والمكاتب لايستقل ، ولايجبره السيد . ولو نكح باذن السيد، صح على المذهب. وقيل: قولان كتبرعه . فان صححنا ، ففي وجوب إجابته الخلاف كالقن ، وأولى بالوجوب . والعبد المشترك، هل لسيديه إجباره وعليهما إجابته ؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين . ولو دعاه أحدهما إلى النكاح،وامتنع الآخر أو العبد ، فلا إجبار.ولو طلب أحدهما مع العبد ،وامتنع الآخر ، فمن الشيخ أبي حامد : أنه كالمكاتب . وقال ابن الصباغ: لاتؤثر موافقة الآخر .

فرع

له إجبار أمته على النكاح ، سواء الصغيرة والكبيرة ، والبكر والثيب ، والعاقلة والمجنونة . وإن طلبته ، لم يلزمه إجابتها إن كانت ممن يحل له وطؤها ، وكذا إن لم يحل على الأصح ، كالأخت . ولو ملك أختين،فوطىء إحداهما ، لم يجبر على تزويج الأخرى قطعاً ، لأن تحريمها عليه لعارض . والمدبرة والمعلق عتقها كالقنة ، وكذا أم الولد على الصحيح . ومن بعضها حر ، لا تُجبَر، ولايجبر سيدها [أيضاً] على الأصح . والمكاتبة لاتجبر ، ولا تنكح دون إذنه . وفي وجوب إجابتها وجهان .

قلت : الأصح لاتجب . والله أعلم

وفي وجه : لاتزوج أصلاً ، لاختلال ملك المولى ، وعدم استقلالها .

فرع

لايزوج السيد أمة مكاتبه ولاعبدُه ، ولايزوجها المكاتب بغير إذن سيده ، وباذنه قولان كتبرعه .

فرع

إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة ، فان لم يكن على العبد دين ، جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح . وقيل : لا ، إلاّ أن يعد الحجر عليه، لاحتمال أن يحدث دين ولايفي مافي يده به . وإن كان عليه دين ، وزوّجها باذن

العبد والغرماء ، صح . وإن زوَّج باذنه دونهم ، أو باذنهم دونه ، لم يصح على الأصح . وبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية ، كتزويجها في حالتي قيام الدَّين وعدمه . وإذا وطىء بغير إذن الغرماء ، فهل عليه المهر ؟ وجهان .

قلت : لعل أصحهما الوجوب ، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء ، بخلاف وطئه المرهونة . والله أعلم

فان أحبلها ، فالولد حر، والجارية أم ولدٍ إن كان موسراً . وإن كان معسراً، لم تصر أم ولد ، بل تباع في الدين . فان ملكها بعدُ ، فالحكم كما سبق في المرهونة ، وكذا الحكم في استيلاد الجارية الجانية وفي استيلاد الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين . وإذا لم نحكم باستيلاد في الحال ، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون ، وجارية التركة ، ولايجب في ولد الجانية والمرهونة ، لأن حق المجني عليه والمرتهن لايتعلق بالولد .

ولو أعتق عبد المأذون ، وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى المورث دين ، قال البغوي : قيل في نفوذ العتق قولان ، كاعتاق المرهون والمذهب: أنه إن كان معسراً ، لم ينفذ . وإن كان موسراً ، نفذ كالاستيلاد، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد ، كاعتاق العبد الجاني .

فرع

تزويج من تعلق برقبتها مال ، لايجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً . وإن كان موسراً ، جاز على أحد الوجهين ، وكان اختياراً للفداء .

قلت : الجواز أصح . والله أعلم

فرع

تزويج السيد أمته ، هل هو بالملك ،أم بالولاية ؟ وجهان . أصحها : بالملك . ويتفرع عليها صور .

منهـا : إذا سلبنا الفاسق الولاية، زوّجها إن قلنا بالملك ، [وإلاّ ، فلا] .

ومنها : إذا كان لمسلم أمة كتابية ، فله تزويجها على المذهب، وهو المنصوص ، وإنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حرٍّ كتابي إذا حلّلناها لها .

ومنهـا : إذا كان للكافر أمة مسلمة،أو أم ولد، قال ابن الحداد: يزوّجها بالملك ، والأصح المنع .

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية ، فهل له تزويجها ؟ وجهان . صحح الشيخ أبو علي الجواز ، وقطع البغوي بالمنع . وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بالملك، أم بالولاية ، لايجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا: للسيد إجباره . فلو كان للكافر عبد مسلم ، ورأينا الاجبار ، ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوج أمته المسلمة . وإن لم نر الاجبار ، لم يستقل العبد، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه فيستقل العبد حينئذٍ ، كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج.

ومنهـا : قال المتولي : للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك ، وإلا ، فلا .

فصـل

عبد الصبي والمجنون والسفيه ، لايزوّجه وليهم على الصحيح . وقيـل : يجوز،

فقد تقتضيه مصلحة . ولو طلب عبدهم التزويـج ، فان لم نجبر السيد الرشيد ،لم يجز لوليهم الاجابة . وإن أجبرناه ،فعلى وليهم الاجابة . وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه، فيجوز لوليهم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة . وقيل : لا . وقيل : تزوج أمة الصبية دون الصبي ، فقد يحتاج إليها إذا بلغ . فان جوزنا ، قال الامام :يجوز تزويـج أمة الثيب الصغيرة وإن لم يجز تزويجها ، ولايجوز للأب تزويـج أمة البكر البالغة وإن كان يقهرها . وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان . أحدهما : ولي ماله نسيباً كان أو وصيّاً أو قيماً كسائر التصرفات . وأصحها : أنه ولي النـكاح الذي يلي المال . وعلى هذا ، غير الأب والجـد لايزوج أمة الصغير والصغيرة ، والأب لايزوج أمة الثيب الصغيرة ، فان كانت مجنونة ، زوَّج . وإن كانت لسفيه، فلابدَّ من إذنه .

فرع

أمة المرأة ، إن كانت مالكتها محجوراً عليها ، فقد سبق بيانها ، وإلا ، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته عليها ، وسواء الولي بالنسب وغيره ، والأمة العاقلة والمجنونة، الصغيرة والكبيرة ، ولاحاجة إلى إذن الأمة ، ويشترط إذن مالكتها نطقاً وإن كانت بكراً ، إذ لاتستحي .

فصل

أعتق في مرضه أمة ، قال ابن الحداد : لايجوز لوليهـا الحر كالاب والاخ تزويجها حتى يبرأ أو يموت ، وتخرج من ثلثه ، لانهـا إنما تعتق كلها على هذين

التقديرين ، ووافقه على هذا جماعة ، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو زيد والا كثرون : يجوز لوليها تزويجها ، لانها حرة في الظاهر ، فعلى هذا النكاحُ صحيح ظاهراً . فان تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق ، تحققنا مضي النكاح على الصحة، وإلا ، فان ردّ الورثة أو أجازوا ، وقلنا : الاجازة عطية منهم ، بان فساد النكاح، وإلا ، بان صحته .

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها ، فالمسألة على ماذكرنا . وإن كان له [مال] يفي ثلثه بقيمتها ، فمقتضى كلام ابن الحداد وجماهير الناقلين ، أنه كذلك. قال الامام: ويجوز أن يقال : على مقتضى قول ابن الحداد النكاح هاهنا محمول على الصحة ، ويجوز خلافه ، لضعف ملك المريض. قال الشيخ أبو علي : ومفهوم كلام ابن الحداد أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد ، فزوّجها ، صح ، لانها إن لم تخرج من الثلث، فهو ولي ماعتق بالولاء ، ومالك مالم يعتق . فان زوّجها السيد ، ولها ولي مناسب، إن كان باذنه ، صح قطعاً ، وإلا ، فلا قطعاً .

الباب السادس
في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الثالث ، الاشارة إلى بيان الموانع . ومنها ماتكلم في إيضاحه في غير الباب ، ككونها ملاعنة ، ومعظمها نبسط الكلام فيه هنا إن شاء الله تعالى ، ويجمعها أربعة أجناس .

[الجنس] الأول : المحرمية ، وهي الوصلة المحرّمة للنكاح أبداً ، ولها ثلاثة أسباب : القرابة ، والرضاع ، والمصاهرة .

السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع : الامهات ، والبنات ، والاخوات ،

والعمّات ، والخالات ، وبنات الاخ ، وبنات الاخت ، ولاتحرم بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات ، قربن أم بعدن ، والمراد بالام : كل أنثى ولدتك، أو ولدت من ولدك،ذكراً كان أو أنثى ،بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها . وبنتك : كل أنثى ولدتها،أو ولدت من ولدها،ذكراً كان أو أنثى ، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت : كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة ، بواسطةأم بغيرها . وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما. وبنت أخيك وبنت أختك منها ، كبنتك منك . وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر ولدَك ، بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الام ، كأخت أب الأم . وخالتك: كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغيرها ، وقد تكون من جهة الأب، كأخت أم الأب ، وعبر الاصحاب عنهن بعبارتين .

إحداهما : قال الأستاذ أبو إسحاق : يحرم عليه أصُوله، وفصوله ، وفصُول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل بعده ، أي بعد أول الاصول .

فالأصول : الأمهات . والفصول : البنات . وفصول أول الأصول : الأخوات وبنات الأخ والأخت . وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : العمات والخالات .

الثانية : قال الأستاذ أبومنصور البغداذي : تحرم نساء القرابة ، إلا من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة . وهذه العبارة أرجح ، لايجازها ، ولان الأولى لاتنص على الاناث ، لان لفظ الاصول والفصول يتناول الذكور والاناث ، ولان اللائق بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط ، والأولى بخلافه .

فرع

زنا بامرأة ، فولدت بنتاً ، يجوز للزاني نكاح البنت ، لكن يكره . وقيل : إن تيقن أنها من مائه ، إن تصور تيقنه ، حرمت عليه . وقيل : تحرم مطلقاً . والصحيح: الحِلُّ مطلقاً . والبنت التي نفاها باللعان ، تحرم عليه إن كان دخل بأمها، وكذا إن لم يدخل [بها] على الاصح . قال المتولي : وعلى هـذا ، ففي وجوب القصاص بقتلها ، والحد بقذفها ، والقطع بسرقة مالها ، وقبول شهادته لها الوجهان .

قلت : وسواء طاوعته على الزنا أو أكرهها . والله أعلم

السبب الثاني : الرضاع ، فيحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، فكل من أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها ، فهي أمك . وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل ، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولدته ، أو أرضعتْها امرأة ولدتها أنت ، فهي بنتك.وكذلك بناتها من النسب والرضاع . وكل امرأة أرضعتها أمك،أو ارتضعت بلبن أبيك ، فهي أختك. وكذلك كل امرأه ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع ، عماتك وخالاتك . وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك ، أو ارتضعت بلبن جدٍّ لك من النسب والرضاع ، وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع ، بنات أخيك وأختك . وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك ، أو ارتضعت بلبن أخيك،وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك . وبنات كل ذكر أرضعته أمك ، أو ارتضع لبن أبيك ، وبنات أولاده من النسب والرضاع ، بنات أخيك . وبنات كل امرأة

أرضعتها أمك ،أو ارتضعت لبن أبيك ، وبنات أولادها من النسب والرضاع ، بنات أختك،

فرع

أربع نسوة يحرمن في النسب ، وفي الرضاع قد يحرمن ، وقد لايحرمن.

إحداهن : أم الأخ والأخت في النسب حرام ،لأنها أم ، أو زوجة أب ، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت، وإلا ، فلا،بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك.

الثانية : أم نافلتك في النسب ، حرام لأنها بنتك ،أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لاتكون بنتاً ولازوجة ابن ، بأن أرضعت أجنبية نافلتك .

الثالثة : جدة ولدك في النسب ، حرام ،لأنها أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لاتكون كذلك،بأن أرضعت أجنبية ولدك ، فان أمها جدته ،وليست بأمك ، ولا بأم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك حرام ، لأنها بنتك أو ربيبتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك ، فبنتها أخته، وليست بنتك ولاربيبتك ، ولاتحرم أخت الاخ في النسب ، ولافي الرضاع. وصورته في النسب: أن يكون لك أخت لأم ، وأخ لأب،فيجوز له نكاحها . وفي الرضاع :امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك نكاحها . وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا : يحرم من الرضاع مايحرم من النسب .

قلت : كذا قال جماعة من أصحابنا : تستثنى الصور الأربع . وقال المحققون: لاحاجة إلى استثنائها ، لأنها ليست داخلة في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب رضي الله عنهم ، ولا استثنيت في الحديث الصحيح « يحرم من

الرضاع مايحرم من النسب»[١] لأن أم الاخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت لكونها أمًا أو حليلة أب،ولم يوجد ذلك في الصورة الاولى ، وكذا القول في باقيين.

والله أعلم

السبب الثالث : المصاهرة ، فيحرم بها على التأبيد أربع .

إحداهن : أم زوجتك ، [وأم] زوجتك منها كأمك منك ، وسواء أمهات النسب والرضاع .

الثانية : زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع ، وقول الله تعالى: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) [النساء : ٢٣] المراد به أنه لاتحرم زوجة من تبنّاه .

الثالثة : زوجة الاب والاجداد وإن علَوا من قبل الاب والام جميعاً ، وتحرم زوجة الاب من الرضاع .

الرابعة : بنت الزوجة ، وبنت زوجتك منها كبنتك منك ، سواء بنت النسب والرضاع ، وتحرم الثلاث الاوليات بمجرد العقد ، بشرط أن يكون صحيحاً . فأما النكاح الفاسد ، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة ، لانه لايفيد حِلّ المنكوحة، وحرمة غيرها فرع لحلها . وأما الرابعة،وهي بنت الزوجة،فلاتحرم إلا بالدخول بالزوجة. وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني

---

(١) متفق عليه من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

من أصحابنا : أن أم الزوجة لاتحرم إلا بالدخول بالزوجة كالربيبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع

لاتحرم بنت زوج الام، ولا أمه ، ولابنت زوج البنت ، ولا أمـه ، ولا أم زوجة الاب ،ولابنتها ، ولا أم زوجة الابن ،ولابنتها، ولازوجة الربيب ولازوجة الراب.

فصـــل

مجرد ملك اليمين ، لايثبت شيئاً من هذه المحرمات ، لكن الوطء فيه يثبتهـا، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطىء وأبيه ، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها . والوطء بشبهة النـكاح الفاسد، والشراء الفاسد ، ووطء الجارية المشتركة ، وجارية الابن ، يثبت حرمة المصاهرة ، كما يثبت النسب ،ويوجب العدة . وحكي قول :أن وطء الشبهة لايثبت حرمة المصـاهرة ، كالزنا . والمشهور الذي قطع به الجمهور الاول ، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطىء [أو] الموطوءة . فان اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زانٍ ،بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة ، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة ، أو مكنَّت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً عالمة ، فوجهان . أصحهما : الاعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه ، كما يثبت النسب والعدة ، ولايثبت إذا لم يشتبه عليه ، كما لايثبت النسب والعدة . والثـاني : تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يختص بمن اختصت الشبهة به . فان كان الاشتباه عليه ، حرم عليه أمها وبنتهـا ، ولاتحرم على أبيه وابنه . وإن كان الاشتباه عليها ، حرمت على ابنه وأبيه،ولاتحرم عليه أمها وبنتها . والثاني : أنها تعم الطرفين كالنسب .

فرع

الوطء في النكاح وملك اليمين، كما يوجب الحرمة ، يوجب المحرميَّة ، فيجوز للواطىء الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها ، والنظر إليها ، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر . وفي وطء الشبهة وجهان . ويقال : قولان . أصحهما عند الامام كذلك ، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة ، فكذا المحرمية . وأصحهما عند الجمهور : المنع ، وحكَوه عن نصه في « الاملاء » .

فرع

الزنا لايثبت المصاهرة ، فللزاني نكاح أم المزني بها وبنتها ،ولأبيه وابنه نكاحها. ولو لاط بغلام ، لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته . ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة ،فوطئها ، فان لم نوجب به الحد ، ثبتت المصاهرة . وإن أوجبناه ،فلا.

فرع

المفاخذة ، والقبلة ، والمس ، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرِّم الرَّبيبة في النكاح ؟ فيه قولان . أظهرهما عند البغوي والروياني : نعم . وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والامام وغيرهم : لا . والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة . فأما المس بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب، وبه قطع الجمهور . قال الامام:

ومنهم من أطلق القولين في الملامسة . وأما النظر بشهوة ، فلايثبت المصـاهرة على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان . وقيل : إن نظر إلى الفرج ، فقولان، وإلا ، فلا .

فرع

إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة ، دون الاحصان والتحليل . وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة وجهان . أصحها : المنـع . ولو أنزل أجنبي بزنا ، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب . وإن أنزل الزوج بالزنا ، حكى البغوي أنه لايثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه : وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطىء زوجته يظن أنه يزني .

فرع

ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح ، قطعه . فلو نـكح امرأة ، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة ، أو وطىء هو أمها أو بنتها بشبهة ، انفسخ نـكاحها .

وفي المولّدات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل .

أحدهما : نـكح امرأة ونـكح ابنه بنتها ، ووطىء كل واحد منهما زوجة الآخر غالطاً ، انفسخ النكاحان . وهذا تفريع على المشهور أن وطء الشبهة كالوطء في ملك ، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة . ثم إن سبق وطء الأب ، فعليه لزوجته نصف المسمى ، لأنه الذي رفـع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول . وهل يجب على

الابن لزوجته نصف المسمى ؟ فيه أوجه . قال ابن الحداد : لا ، إذ لاصنع له .
وقال آخرون : نعم ، إذ لاصنع لها . وقال الشيخ أبو علي : إن كانت زوجة الابن نائمة ، أو صغيرة لاتعقل ، أو مكرهة ، وجب . وإن كانت عاقلة طاوعت الأب تظنه زوجها ، فلاشيء لها . فان أوجبنا ، رجع الابن على أبيه ،لأنه فوّت نكاحه. وهل يرجع بمهر المثل ، أم بنصفه ، أم بما غرم ؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في « كتاب الرضاع » إن شاء الله تعالى .

وأما إن سبق وطء الابن ، فعليه لزوجته نصف المسمى . وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى ؟ فيه الأوجه . فان ألزمناه ، رجع على الابن كما ذكرنا . ولو وقع الوطآن معاً ، فعلى كل واحد نصف ماسمى لزوجته . وهل يرجع على الآخر؟ وجهان . قال القفال : يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد، ويهدر نصفه كالاصطدام ، فانها حرمت بفعلهما ، وقال الشيخ أبو علي : لا يرجع بشيء.

[الفرع]الثاني : نكح امرأتين في عقد ، فبانت إحداهما أم الأخرى ، بطل النكاحان. ولاشيء لواحدة منهما ، إلاّ أن يطأ ، فيجب مهر المثل . ولو نكحهما في عقدين ، ووطىء إحداهما ، ثم بان الحال ، نظر ، إن سبق نكاح الأم ، فان كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله ، والاخرى محرّمة . وإن كانت البنت هي الموطوءة ، فالنكاحان باطلان ، لأن البنت نكحها وعنده أمها ، والأم أم موطوءة بشبهة ، وله أن يتزوج البنت متى شاء ، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، ويجب للبنت مهر المثل ، وللأم نصف المسمى . وإن سبق نكاح البنت ، فان كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والأم حرام أبداً . وإن كانت الموطوءة الأم ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً ، وللأم مهر المثل ، وللبنت نصف المسمى . وإن أشبهت الموطوءة ، وعرفت التي سبق نكاحها، ثبت نكاح السابقة ، لأن الأصل استمرار صحته ، وليس له نكاح الثانية ، لأن الأولى

إن كانت بنتاً ، فالثانية أم امرأته محرمة أبداً . وإن كانت أمّاً ، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته . وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره ، لم يحل له واحدة منها، لان إحداهما محرمة أبداً ، فصار كاشتباه أخته بأجنبية . وإن اشتبه السابق من النكاحين ، وعرفت الموطوءة ، فغير الموطوءة محرمة أبداً ،والموطوءة يوقف نكاحها، وتمنع من نكاح غيره . وإن طلبت الفسخ للاشتباه ، فسخ كما في اشتباه الاولين[1] . وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة ، وقف عنها ، لاحتمال سبق البنت والدخول بالام ، وليس له نكاح واحدة منها ، لان إحداهما محرمة أبداً . ولو كانت المسألة بحالها، لكن وطئها جميعاً ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً . ثم إن وطىء أولاً التي نكحها أولاً ، فللأولى مهرها المسمى ، وللثانية مهر المثل . وإن وطىء أولاً التي نكحها آخراً ، فلها مهر المثل ، لانه لم ينعقد نكاحها ، وللمنكوحة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى . أمّا نصف المسمى ، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج . وأما جميع مهر المثل ، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح .

فصل

إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات ، قال الاصحاب : إن كان الاختلاط بعدد لاينحصر ، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة ، فله نكاح واحدة منهن . قال الامام : هذا ظاهر إن عمّ الالتباس . فأما إذا أمكنه نكاح من لايشك فيها ، فيحتمل أن يقال : لاينكح من المشكوك فيهن . والمذهب أنه لاحجر . فان كان الاختلاط بعدد محصور ، فليجتنبهن . فلو خالف ونكح واحدة منهن ، لم يصح على الاصح . قال الامام : المحصور : ماعسر عدّه على آحاد الناس. وقال الغزالي : كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر

(١) في النسخة الظاهرية : وإن طلبت الفسخ للاشتباه فسخ كما في نكاح الوليين .

كالالف،فهو غير محصور ، وإن سهل كالعشرة ، والعشرين ، فمحصورٌ ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن ، وما وقع فيه الشك ، استفتي فيه القلب .

الجنس الثاني : مايقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : الجمع بين الاختين من النسب أو الرضاع ، سواء الاختان من الابوين أو من أحدهما . فلو نكحهما ، بطل نكاحهما . وإن نكحها مرتباً ، بطلت الثانية. فان وطئها جاهلاً بالحكم ، فعليها العدة ولها مهر المثل ، وله وطء الاولى وإن كانت الثانية في العدة ، لكن المستحب أن لايفعل . ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فله نكاح أختها في عدتها ، وإن كان رجعياً ، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها . فلو ادعى أنها أخبرته بانقضاء العدة ، والوقت محتمل ، وقالت : لم تنقض ، فوجهان . أصحهما وهو نصه في « الاملاء » : أن له نكاح أختها . ولو طلق الاولى ، لم يقع . ولو وطئها ، لزمه الحد ، لزعمه انقضاء عدتها . وقال الحليمي والقفال : ليس له نكاح أختها ، لان القول قولها في العدة . وعلى هذا ، لو طلقها وقع . ولو وطئها ، فلا حد ، وتجب النفقة على الوجهين ، لانه لايقبل قوله في إسقاط حقها . ولو طلق زوجته الامة طلاقاً رجعياً ، ثم اشتراها ، فله نكاح أختها في الحال ، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق ، لان ذلك الفراش انقطع .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أخيها ، وكذا بين المرأة وبنت أختها وبنات أولاد أختها ، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب أو الرضاع .

وضبط تحريم الجمع بعبارات .

إحداهن : يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكراً لحرمت المناكحة بينهما .

الثانية : يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية .

الثالثة : يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك . وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها ، فان هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً ، لكنه ليس بقرابة ولارضاع ، بل مصاهرة ، وليس فيها رحم يحذر قطعها ، بخلاف الرضاع والقرابة .

فرع

يحرم الجمع بين المرأة وبنتها ،لدخولها في الضابط . فلو نكحها معاً ، بطل نكاحها . ولو نكحها في عقدين ، فالثانية باطلة . فان كانت الثانية البنت ، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول .

فرع

يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته ، وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى ، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه، لأنه لاتحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما .

فصل

كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح ، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين ، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك . فاذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معاً ، أو متعاقبتين ، صح الشراء ، وله وطء أيتهما شاء . فاذا وطىء واحدة، حرم عليه وطء الأخرى،لكن لايجب به الحد،لأن له طريقاً إلى استباحتها ، بخلاف مالو وطىء أخته من الرضاع وهي ملكه ، فانه يحد على قول،لأنه لايستبيحها بحال، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت ، والأولى حلالاً كما كانت ، فلا يحرّم الحرام الحلال ، لكن يستحب أن لايطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية .

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني ، أنه إذا أحبل الثانية ، حلت ، وحرمت الأولى،وهو غريب،ثم لاتزال غير الموطوءة محرمة عليه،حتى يحرم الموطوءة على نفسه، إما بازالة ملك ، كبيع كلها أو بعضها ،أو هبة مع الاقباض،أو بالاعتاق ، وإما بازالة الحِل بالتزويج أو الكتابة، ولايكفي الحيض والاحرام والعدة عن وطء شبهة ، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق ، فكذا الردة لاتبيح الأخرى ، وكذا الرهن على الأصح .

ولو باع بشرط الخيار ، فحيث يجوز للبائع الوطء ، لاتحل به الثانية ، وحيث لايجوز وجهان . قال الامام : الوجه عندي القطع بالحل،ولايكفي استبراء الأولى ، لأنه لايزيل الفراش . وعن القاضي حسين ، أن القياس الاكتفاء ، لأنه يدل على البراءة . وعن القاضي أبي حامد قال : غلط بعض أصحابنا فقال : إذا قال : حرّمتها على نفسي ، حرمت عليه ، وحلت الاخرى .

ثم إذا حرمها بالاسباب المؤثرة، فعاد الحل ، بأن باعها، فردّت عليه بعيب أو إقالة ،

أو زوّجها فطلقت ، أو كاتبها فعجزت ، لم يجز له وطؤها حتى يستبرئها ، لحدوث الملك . فاذا استبرأها ، فان لم يكن وطىء الثانية بعد تحريم الأولى ، فله الآن وطء أيتهما شاء . وإن كان وطئها ، لم يجز وطء العائدة حتى تحرم الأخرى .

فرع

الوطء في الدّبر كالقبل ، فتحرم الاخرى به . وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة .

فرع

ملك أختين إحداهما مجوسية ، أو أخته برضاع ، فوطئها بشبهة ، جاز وطء الأخرى ، لأن الأولى محرمة . ولو ملك أمّاً وبنتها ، ووطء إحداهما ، حرمت الأخرى أبداً ، فلو وطىء الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم ، حرمت الأولى أيضاً أبداً . وإن كان عالماً ، ففي وجوب الحد قولان . إن قلنا : لا ، حرمت الأولى أيضاً أبداً ، وإلا ، فلا .

فصل

ملكها ولم يطأ ، أو وطىء ثم نكح أختها أو عمتها ، صح النكاح،وحلت المنكوحة، وحرمت المملوكة . ولو نكح امرأة ، ثم ملك أختها ، فالمملوكة حرام ، ويبقى حلّ المنكوحة .

فصل

ارتدت الزوجة بعد الدخول،يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة، كالرجعية . قال ابن الحداد : فلو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، فله في الحال نكاح أختها،لحصول البينونة ، وكذا الحكم لو ارتدت فخالعها في الردة . ولو كان تحته صغيرة،وكبيرة مدخول بها ، فارتدت الكبيرة،وأرضعت أمها في عدتها الصغيرة،وقف نكاح الصغيرة . فان أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة ، ففي نكاح الصغيرة،بحاله . وإن أسلمت في العدة ، بطل نكاح الصغيرة . وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع . قال الشيخ أبو علي :أظهرهما: لايبطل كما لو نكح أختاً على أخت لاتبطل الأولى . وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة .

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وللكبيرة تمامه ، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر ، وبكلّه في قول ، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها .

النوع الثاني : في قدر العدد المباح ، ولايجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة . فلو نكح خمساً في عقد ، بطل نكاحهن ، وإن نكحهن مرتباً ، بطل الزيادة على الأربع الأوليات . ولو نكح خمساً في عقد فيهن أختان ، بطل فيهما ، وفي البواقي قولا تفريق الصفقة ، والأظهر الصحة . ولو نكح سبعاً فيهن أختان، بطل الجميع .

ولو كان تحته أربع فأبانهن ، فله نكاح أربع بدلهن وإن كن في العدة . ولو أبان واحدة ، فله نكاح أخرى في عدة المبانة .

ولو وطىء امرأة بشبهة ، فله نكاح أربع في عدتها . ولو كانت المفارقة رجعية، لم تجز . وأما العبد ، فلايجوز أن يزيد على امرأتين .

فرع

لابن الحداد

نكح ست نسوة ، ثلاثاً في عقد ، وثنتين في عقد ، وواحدة في عقد ، ولم يعلم المتقدم ، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير ، لأنها لاتقع إلاّ أولة، أو ثالثة ، أو رابعة ، فانها لو تأخرت عن العقدين ، كان ثانيها باطلاً ، فتقع هي صحيحة . وأما البواقي ، فقال ابن الحداد : لايثبت نكاحهن ، لأن كل واحد من عقديها يحتمل كونه متأخراً باطلاً ، والأصل عدم الصحة . قال الشيخ أبو علي : ماذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، بل يصح مع نكاح الواحدة ، إما الثنتان ، وإما الثلاث ، وهو الذي سبق منهما ، ولانعرف عينه فيوقف ، ويسأل الزوج ، فان ادعى سبق الثنتين وصدقتاه ، ثبت نكاحهما . وإن ادعى سبق الثلاث ، وصدقنه ، فكذلك . وإن قال : لا أدري ، أو لم يبين ، فلهن طلب الفسخ . وإن رضين بالضرر ، لم ينفسخ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف ، فان مات قبل البيان ، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة ، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاة وأقراء ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة، لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها ، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث ، فلا يستحق غير الربع المأخوذ ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين ، فيستحق الثلث، فيوقف مابين الثلث والربع، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث ، لاحق للثنتين فيه ، ويوقف الثلثان بين

نصيب النسوة ، بين الثنتين والثلاث ،لاحق للواحدة فيه . فان أردن الصلح قبل البيان ، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث ، وفي الثلثين بين الثلاث والثنتين . وأما المهر ، فالمفردة المسمى.وأما البواقي ، فان دخل بهن ، قابلنا المسمى لاحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى ، وأخذنا أكثر القدرين من التركة ، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسماها ومهر مثلها ، ووقفنا الباقي .

مثاله : سمى لكل واحدة مائة ، ومهر مثل كل واحدة خمسون ، فمسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعمائة، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث ، فنأخذ من التركة أربعمائة ، وندفع إلى كل واحدة خمسين ،ونقف الباقي وهو مائة وخمسون [منها] مائة بين النسوة الخمس ، وخمسون بين الثلاث والورثة ، فان بان صحة نكاح الثنتين ، فالمائة لهما ، والخمسون للورثة . وإن بان صحة الثلاث ، فالمائة والخمسون لهن . وإن لم يدخل بواحدة ، أخذنا من التركة أكثر المسميين ، ولا نعطي في الحال واحدة شيئاً . والأكثر في المثال المذكور ثلثمائة ، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين ، ومائة بين الثلاث والورثة . وإن دخل باحدى الفرقتين ، أخذنا الأكثر من مسمّى المدخول بهن فقط ، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن . ففي المثال المذكور ، إن دخل بالثنتين ، فمهر مثلهما مع مسمى الثلاث أربعمائة ، وذلك أكثر من مسمى الثنتين ، فنأخذ أربعمائة ، ونعطي كل واحدة من الثنتين خمسين ، ونقف مائة بينهما وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث والورثة . فان بان صحة نكاح الثنتين ، دفعنا المائة إليهما ،والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثلاث ، دفعناها مع المائتين إليهن ، وإن دخل بالثلاث ، فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلاثمائة وخمسون ، وذلك أكثر من مسمى الثلاث ، فنأخذ ثلاثمائة وخمسين ، ونعطي كل واحدة من الثلث خمسين منها،ونقف الباقي وهو مائتان ، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث ،والباقي بين الثنتين والورثة . فان بان صحة نكاح الثلاث، أعطيناهن مائة وخمسين،والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثنتين ، أعطيناهما المائتين.

قال الشيخ أبو علي : فان كانت المسألة بحالها ، ونكح أربعاً أخر في عقد رابع ، ولم يعرف الترتيب ، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة ، لاحتمال وقوعه بعد الأربع . فان مات قبل البيان ، وقفنا ميراث زوجات ، ولا نعطي واحدة منه شيئاً. وأما المهر ، فان دخل بهن ، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسماها ومهر مثلها ، وأعطيناها أقلها ، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة . فان لم يدخل بواحدة منهن ، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع ، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث ، أو مع الثنتين ، فينظر مهر الأربع وحده ، ومهر الواحدة مع الثلاث ، ثم مع الثنتين ، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة ، ويوقف . وإن دخل ببعضهن ، أخذ للمدخول بها أكثر مهريها ، وتعطى منه أقلها ، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة ، وأخذ لغير المدخول بها مسماها ، فيوقف بينها وبين الورثة .

النوع الثالث : استيفاء عدد الطلاق . فاذا طلق الحر زوجته ثلاثاً في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخول أو بعده ، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه ، وإذا طلق العبد طلقتين ، فكطلاق الحر ثلاثاً . ولو عتق بعد ذلك ، لم يؤثر ، ويشترط أن يكون الوطء في نكاح صحيح . وفي قول : يكفي الوطء في نكاح فاسد . ومنهم من أنكره ، ومنهم من طرده في وطء الشبهة ، والمذهب الاول . ويشترط تغييب جميع الحشفة في الفرج ، وبه تتعلق أحكام الوطء كلها . وقال البغوي : إن كانت بكراً ، فأقله الاقتضاض بآلته . ومن قطعت حشفته ، إن بقي من ذكره دون قدرها ، لم يحل . وإن بقي قدرها فقط ، أحل . وإن بقي أكثر من قدرها ، كفى تغييب قدر حشفة هذا الشخص على الأصح . وقيل : يشترط تغييب جميع الباقي ، سواء كان قوي الانتشار ، أو ضعيفه فاستعان بأصبعه أو أصبعها ، فان لم يكن انتشار أصلاً ، لتعنين أو شلل

أو غيرهما ، لم يحصل التحليل على الصحيح ،وبه قطع جمهور الأصحاب في كتبهم، لعدم ذوق العُسيلة ، وحصله الشيخ أبو محمد والغزالي ، لحصول الوطء وأحكامه . واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل ، واستدخال الماء لايحلل .

قلت : ولو لف على ذكره خرقة وأولج ، حلل على الصحيح . والله أعلم

فرع

يحصل التحليل بكل زوج ، حر مسلم ، وعبد ، ومجنون ، وخصي ، وذمي إذا كانت المطلقة ذمية ، سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً ، ويشترط وطء الذمي في وقت لو ترافعوا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح .

قلت : لايشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم ، كما يحصنانها ، صرح به إبراهيم المروذي . والله أعلم

والصبي الذي يتأتّى منه الجماع ، كالبالغ على المشهور . والطفل الذي لايتأتّى منه، لايحلل على الصحيح ، وعن القفال ، أنه يحلل .

قلت : هذا الوجه كالغلط المنابذ لقواعد الباب . ونقل الامام اتفاق الأصحاب أنه لايحلل . والله أعلم

فرع

إذا كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة ، ووطئها زوج ، حلت قطعاً . وقيل في التي لاتشتهى الوجهان كتحليل الصبي .

فرع

لو وطئها في إحرامه أو إحرامها ، أو الحيض ، أو صوم رمضان ، أو قبل التكفير عن ظهارها ، أو ظاناً أنها أجنبية ، حلت ، لأنه وطء زوج في نكاح صحيح ولو وطئها وهي في عدة وطء شبهة وقع بعد نكاحه ، حلت على الأصح . ولو وطئها في حال ردته أو ردتها ، وعاد إلى الاسلام ، لم تحل ، نص عليه ، لاضطراب النكاح، بخلاف سائر أسباب التحريم . واعترض المزني بأنه إن دخل بها قبل الردة ، فقد حلت ، وإلا ، فتبين بنفس الردة . قال الأصحاب : تتصور العدة بلا دخول ، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء ، أو تستدخل ماءه ، فتجب العدة ، ولاتحل بهذه الأسباب ، وكذا بالخلوة على القديم .

قلت : هذا الذي ذكره عن النص أنها لاتحل بالوطء في الردة ، هو الصواب، وبه قطع جماهير الأصحاب . وقال صاحب « التلخيص » : إن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء العدة ، حلت للأول ، وتابعه عليه القفال ، وليس بشيء . ولو طلقها رجعياً ، باستدخال الماء قبل الدخول ، ثم وطئها في العدة [لم تحل للأول وإن راجعها في العدة] ، نص عليه الشافعي والاصحاب ، وقال إبراهيم المروذي : إذا قلنا : تحل بوطء الشبهة ، فهنا أولى ، وإلا ، فلاتحل . والله أعلم

فرع

نكحها على أنه إذا وطئها بانت منه ، أو نكحها إلى أن يطأها ، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما ، فنكاح باطل ، فان شرط أنه إذا وطئها طلقها ، فباطل

أيضاً على الأظهر . وفي قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ويجب مهر المثل . ولو تزوج بلا شرط،وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها ، كره ،وصح العقد ، وحلت بوطئه . ولو نكحها على أن لايطأها إلاّ مرة ، أو على أن لايطأها نهاراً،فللشافعي رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان . وقيل : قولان .والمذهب أنهما على حالين . فالبطلان إذا شرطت الزوجة أن لايطأها ، والصحة إذا شرط الزوج أن لايطأ ، لأنه حقه ، فله تركه والتمكين عليها . ولو نكحها بشرط أن لاتحل له ، فقال الامام : يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء. وقال الغزالي : ينبغي أن يفسد ، للتناقض .

قلت : قول الغزالي أصح . والله أعلم

وفي « فتاوى » القفال : أنه لو تزوج أمة على أن لايملك الاستمتاع ببضعها، فكشرط أن لايطأ . وإن تزوجها بشرط أن لايملك بضعها ، فان أراد الاستمتاع، فكذلك . وإن أراد ملك اليمين ، لم يضر . وجميع ماذكرناه إذا شرطه في نفس العقد ، ولو تواطآ في شيء من ذلك قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد بلاشرط، فليس كالمشروط على الصحيح .

فرع

قال الأئمة : أسلمُ طريق في الباب ،وأدفعه للعار ، أن تزوج بعبد صغير ،وتستدخل حشفته ، ثم تتملكه ببيع أو هبة ونحوهما ، فينفسخ النكاح ، ويحصل التحليل إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح ، وإلا ، فلا .

فرع

إذا قالت المطلقة ثلاثاً : نكحت زوجاً آخر ، فوطئني وفارقني ، وانقضت عدتي منه، قبل قولها عند الاحتمال. وإن أنكر الزوج الثاني،وصدق في أنه لايلزمه إلا نصف المهر ، فكذلك ، لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة ، والوطء يعسر إقامة البينة عليه . ثم إن ظن صدقها ، فله نكاحها بلا كراهة . وإن لم يظنه ، استحب أن لايتزوجها. وإن قال : هي كاذبة ، لم يكن له نكاحها . فان قال بعده :تبينت صدقها،فله نكاحها.

قلت : قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها ، لم تحل له . وتابعه الغزالي على هذا ،وهو غلط عند الاصحاب ، وقد نقل الامام اتفاق الاصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً . قال : وهذا الذي قاله الفوراني غلط ، وهو من عثرات الكتاب ، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه ، لشدة ضعفه ، ولقول الامام : إنه غلط . قال إبراهيم المروذي : ولو كذبها الزوج والولي والشهود ، لم تحل على الاصح . والله أعلم

فرع

طلق زوجته الأمة ،ثم اشتراها قبل وطء زوج ، لايحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح ، لظاهر القران .

قلت : قال العلماء : الحكمة في اشتراط التحليل ، التنفير من الطلاق الثلاث .

والله أعلم

الجنس الثالث من الموانع : رق المرأة ، وهو ضربان . رقيقة يملكها ، ورقيقة لايملكها .

الضرب الاول : مملوكته ،فليس له نكاح من يملكها أو بعضها . ولو ملك بعض زوجته ، انفسخ نكاحه، وليس لها نكاح من تمالك بعضه . ولو ملكت زوجها ، انفسخ نكاحها .

الضرب الثاني : أمة غيره ، فلاتحل للحر إلا بشروط .

أحدها : أن لايكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسلمة أو كتابية.وفي وجه: لايمنع كون الكتابية تحته . فان لم يتيسر الاستمتاع ،بأن كانت تحته صغيرة،أو هرمة، أو غائبة ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو برصاء ، أو رتقاء ، أو مضناة لاتحتمل الجماع ، فوجهان . أحدهما : يصح نكاح الأمة،وهذا أصح عند صاحب « المهذب » والقاضي حسين ، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين . والثاني : المنع ، وبه قطع الامام والغزالي والبغوي . فعلى هذا، لايصح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرة.

[الشرط]الثاني : أن لايقدر على نكاح حرة لعدم الحرة،أو عدم صداقها . فلو قدر على نكاح حرة رتقاء ، أو قرناء، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو رضيعة ، أو معتدة عن غيره ، فله نكاح الأمة على الأصح . ولو قدر على حرة كتابية ، لم تحل الأمة على الأصح ، وقول الله تعالى: (ومن لم يَستَطِع مِنكُم طَوْلاً أن يَنكح المُحصنات المؤمنات) [النساء : ٢٥] قيد بالمؤمنات ، لأنه الغالب ،لاللاشتراط . ولو قدر على حرة غائبة ، قال الأصحاب : إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة ، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها ، فله نكاح الأمة ، وإلا ، فلا . قال الامام: المشقة المعتبرة ، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الاسراف . ولو لم يجد

إلا حرة لاترضى إلا بأكثر من مهر مثلها ، وهو واجده ، فنقل البغوي:أنه لا ينكح أمة . ونقل المتولي جوازه . وقال الامام والغزالي : إن كانت زيادة يعدّ بذلها إسرافاً ، حلّت الأمة ، وإلا ، فلا. وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم ، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا النا كح لا يعد مغبوناً .

قلت : قطع آخرون بموافقة المتولي، وهو الأصح . والله أعلم

ولو لم يقدر على مهر،ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل ،وهو يتوقع القدرة عليه عند المحل ، أو وجد من يبيعه نسيئة مايفي بصداقها ، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة ، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر ، حلت الأمة على الأصح . ولو أقرض مهرها ، لم يجب القبول على المذهب ، لاحتمال المطالبة في الحال . وقيل بالوجهين . ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها، وهو يجده ، لم تحل الامة على المذهب، لأن المنّة فيه قليلة ، إذ العادة المسامحة في المهور . ولو وهب له مال أو جارية ، لم يلزمه القبول، وحلّت الأمة . ومن له مسكن وخادم ،هل له نكاح الأمة ، أم عليه بيعها وصرفها إلى طَول حرة ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

قلت : أصحها الأول . والله أعلم

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة . ومن هو معسر، وله ابن موسر ، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفافه . وإن أوجبناه، فوجهان ، لأنه مستغن بمال الابن .

قلت : أصحها : المنع ،وبه قطع جماعة . والله أعلم

الشرط الثالث : خوف العنت ، والمراد به هنا الزنا ، قال الامام : ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا ، بل أن يتوقعه لاعلى الندور . وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنابه ، بل غلبة الظن بالتقوى ، والاجتناب يهافي الخوف ، فمن غلبت عليه شهوته ، وضعف تقواه ، فهو خائف . ومن ضعفت شهوته ، وهو يستبدع الزنا لدين أو مروءة أو حياء ، فهو غير خائف . وإن غلبت شهوته ، وقوي تقواه ، ففيه احتمالان للامام . أصحهما : لايجوز نكاح الأمة ، وبه قطع الغزالي ، لأنه لايخاف الوقوع في الزنا . والثاني : إن كان ترك الوقاع يجر ضرراً أو مرضاً ، فله نكاح الأمة . وأما المجبوب ، فلايتصور منه الزنا . قال الامام والمتولي : ليس له نكاح الأمة . قال المتولي : فلو نكح حرّ أمة ، فوجدته مجبوباً ، وأرادت الفسخ ، فقال الزوج : جبّ ذَكري بعد النكاح . فان كان قوله غير محتمل ، بأن كان الموضع مندملاً ، وقد عقد النكاح أمس ، فالنكاح باطل . وإن كان محتملاً ، فان صدقته ، فذاك ، وإن كذبته ، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها ، بطلان النكاح من أصله . وقال الروياني في « البحر » : للخصي والمجبوب نكاح الامة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به ، لأن العنت المشقة .

فرع

القادر على شراء أمة يتسراها ، لايحل له نكاح أمة على المذهب . ولو كان في ملكه أمة ، لم ينكح أمة قطعاً ، وطرد الحناطي الخلاف فيه ، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة ، فان وفت قيمتها بمهر حرة ، أو ثمن أمة يتسراها ، لم ينكح الأمة ، وإلا ، فينكحها .

الشرط الرابع : كون الأمة المنكوحة مسلمة ، ولايشترط كونها لمسلم على الاصح ، ويجوز للحر الكتابي نكاح الامة الكتابية على الاصح ، ويقال : الاظهر ، ولايجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور . وأما نكاح العبد المسلم الامة المسلمة ، فسيأتي إن شاء الله تعالى في « باب [نكاح] الشرك » . والعبد الكتابي ، ينكح الامة الكتابية إن نكحها الحر الكتابي ، وإلا ، فوجهان . أصحها : الجواز .

قلت : ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية ، كالكتابي الأمة الكتابية ، والله أعلم

فرع

للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية ، كالنكاح في حرائرهم .

فصل

من استجمع شروط نكاح الأمة ، ليس له نكاح أمة صغيرة لاتوطأ على الأصح ، لأنه لايأمن بها العنت . ومن بعضها رقيق كالرقيقة ، لاينكحها حر إلا بالشروط . ولو قدر على نكاحها ، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة ؟ فيه تردد الامام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله . وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق ، فينكح الأمة مع القدرة على الحرة ، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر .

فصل

ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها ، سواء كان زوجها الحر عربياً أو غيره ، وفي القديم قول أن العرب لايجري عليهم الرق ، فيكون ولد العربي حرّاً ، وهل على الزوج قيمته كالمغرور ؟ أم لاشيء عليه لأن السيد رضي حين زوّجها عربياً؟ فيه قولان .

فرع

في « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوّج أمته بواجد طَول حرة ، فأولدها، فالأولاد أرقاء ، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح .

فصل

نكح الحر أمة بشروطه ، ثم أيسر أو نكح حرة ، لاينفسخ نكاح الأمة . وقال المزني : ينفسخ .

فصل

جمع حرّ حرّة وأمة في عقد ، فان كان ممن لايحل له نكاح الامة ، فنكاح الأمة باطل ، ونكاح الحرة صحيح على الاظهر . وإن كان ممن يحل له نكاح الامة ، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل ، أو بلامهر ، أو بدون مهر المثل ، أو حرة

كتابية ، وقلنا : إن هذه المعاني لاتمنع نـكاح الامة ، بطل نكاح الأمة قطعاً ، لاستغنائه عنه.
وفي الحرة طريقان . أظهرهما عند الامام وبه قال صاحب« التلخيص» : أنه على القولين .
وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعاً ، لانه جمع بين مرأتين يجوز إفراد
كل منهما ، ولايجوز الجمع ، فأشبه الاختين ، ومن قال بالاول . فرق بأن الاختين
ليس فيهما أقوى [والحرة أقوى]. ولو جمع بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم،
أو خلية ومعتدة أو مزوجة ، فهو كالجمع بين الحرة والامة لمن لاتحل له الامة .
وإذا صححنا نـكاح من تحل [له]، فقد سبق في« تفريق الصفقة » قول : أنها تستحق
جميع المسمى ، وأن المذهب أنها لاتستحق جميعه ، بل تستحق مهر المثل في قول،
وما يخص مهر مثلهـا من المسمى إذا وزع على مهر مثلهـا ومهر مثل الاخرى
في قول . فان قلنـا : تستحق جميع المسمى ، فللزوج الخيـار في فسخ الصداق
والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب «التفريق». وإن قلنا : تستحق مهر المثل ،
فلا فسخ ، إذ لافائدة [فيه] ، فانه لو فسخ لرجع إليه . وإن قلنا : تستحق حصة
مهر المثل من المسمى ، قال الشيـخ أبو علي : إن كان المسمى مما يمكن قسمته،
كالحبوب ، فلا خيار . وإن كان مما لايمكن، كالعبد ، فله الخيار ، لتضرره بالتشقيص.
فان فسخ ، فعليه مهر المثل . واعلم أن الجميع بين من يحل ومن لايحل ، يتصور
بأن يكون المزوّج وليها ، بأن زوّج أمته وبنته ، أو كان وكيلاً لوليين ، أو ولي
إحداها ووكيلاً في الأخرى . وموضع الخلاف إذا قال : زوّجتك هـذه وهذه
بكذا ، فقال : قبلت نكاحها بكذا وأمّا إذا قال : زوّجتك بنتي هذه ، وزوجتك أمتي
هذه ، فقال : قبلت نـكاح بنتك ، وقبلت نـكاح أمتك ، أو اقتصر على قبول نـكاح
البنت ، فنـكاح البنت صحيح بلا خلاف ، ولو فصّل المزوّج ، وقال الزوج : قبلت
نكاحها ، أو جمع المزوّج ، وفصل الزوج ، فهل هو كما لو فصّلا جميعاً ، أو كما جمعا
جميعاً ؟ وجهان . أصحها : الأول . ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له

نكاح الأمة ، فنكاح الأختين باطل ، وفي الأمة الخلاف . ولو قال : زوّجتك بنتي ، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا ، فقبلها، أو زوّجتك بنتي وابني أو فرسي، أو وهذا الزق ، صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغا. وقيل بطرد القولين . فان صححنا ، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محللة ومحرمة : المحلّلة مهر المثل . وإن قلنا هناك : لها حصة مهر المثل من المسمى، فقال البغوي : يجب لها هنا جميع المسمى ، لتعذر التوزيع .

قلت : ولو تزوج أمتين في عقد ، بطل نكاحهما قطعاً كالأختين . وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره ، أردنا به غير أمة ولده ، وأما أمة ولده ، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في « الباب العاشر ». والله أعلم

الجنس الرابع من الموانع : الكفرة .

الكفار ثلاثة أصناف .

أحدها : الكتابيون ، فيجوز للمسلم مناكحتهم ، سواء كانت الكتابية ذمية أو حربية، لكن تكره الحربية ، وكذا الذمية على الصحيح ، لكن أخف من كراهة الحربية. والمراد بالكتابيين : اليهود والنصارى . فأما المتمسكون بكتب سائر الانبياء الاولين، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور داود صلوات الله وسلامه عليهم ، فلاتحل منا كحتهم على الصحيح .

الصنف الثاني : من لا كتاب له ولاشبهة كتاب ، كعبدة الاوثان والشمس والنجوم والمعطلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الاباحة وكل مذهب كفر معتقده، فلاتحل مناكحتهم .

الصنف الثالث : من لا كتاب لهم ، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس . وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان . أشبههما : نعم ، وعلى القولين لاتحل مناكحتهم،

لانه لا كتاب بأيديهم ، ولا نتيقّنه من قبل ، فنحتاط . وقال أبو إسحاق وأبو عبيد ابن حربويه : يحل إن قلنا : كان لهم كتاب ، وهذا ضعيف عند الاصحاب .

فرع

الكتابية كالمسلمة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح ، لكن لاتوارث بينها وبين المسلم ، ولاتغسله إذا اعتبرنا نية الغاسل ولم نصحح نيتها . وإذا طهرت عن حيض أو نفاس ، ألزمها الزوج الاغتسال . فان امتنعت ، أجبرناها عليه واستباحها وإن لم تنو ، للضرورة ، كما تجبَر المسلمة المجنونة . وعن الحليمي تخريجاً على الاجبار على الغسل ، أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الاسلام ، لان حل الاستمتاع يتوقف عليه . والصحيح خلافه ، لان الرق أفادها الامان من القتل . فلاتجبر كالمستأمنة ، وليس كالغسل ، فانه لايعظم الامر فيه . واختلف نص الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجته الكتابية على غسل الجنابة . وقال الجمهور : في إجبارها قولان . وقيل : الاجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها ، وعدمه في غير هذا الحال .

وأما المسلمة ، فهي مجبرة على الغسل من الجنابة ، كذا أطلقه البغوي .

قلت : ليس هو على إطلاقه ، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة ، فأما إذا لم تحضر صلاة ، ففي إجبارها القولان ، وهما مشهوران حتى في « التنبيه » . والاظهر من القولين الاجبار . والله أعلم

وتجبَر المسلمة أو الكتابية على التنظف ، بالاستحداد ، وقلم الاظفار ، وإزالة شعر الابط والاوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوّاق ، فان كان لايمنع

أصل الاستمتاع ، لكن يمنع كماله ، فقولان كغسل الجنابة ، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار ، وفي كل مايمنع كمال الاستمتاع . والأظهر أن للزوج المنع منه . وله المنع من أكل مايتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وله المنع من شرب ماتسكر به . وفي القدر الذي لا يسكر القولان ، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته . وقيل يمنعها قطعاً ، لأن ذلك القدر لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص . ومتى تنجس فمها أو عضو آخر ، فله إجبارها على غسله بلاخلاف ليمكنه الاستمتاع به ، وله منعهـا من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة .

ويمنع الكتابية من البيـَع والكنائس ، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد .

فصـــل
في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم

وهي ضربان ، إسرائيلية ، وغيرها .

[الضرب] الاول : التي ليست من بني إسرائيل، ولها أحوال .

أحدها : أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحل نكاحها على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعاً .وفي حل ذبائحهم الخلاف كالمناكحة .

[الحال]الثاني : أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ . فان تمسكوا بالحق منه ، وتجنبوا المحرف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في المحرف ، لم تحل مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأولى للشبهة .

[الحال] الثالث:أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلاتحل مناكحتهم

قطعاً . فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ، لاينا كحون . وفي المتهوّدين بين نبينا وبين عيسى عليهما السلام وجهان . أصحهما : المنع ، ومن جوز كأنه يزعم أنا لانعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليهما وسلم ، وهل نسخت كلها أو بعضها ، وهؤلاء لايقرون بالجزية .

الرابع : أن تكون من قوم لايعلم متى دخلوا ، فلا تحل منا كحتهم ، ويقرون بالجزية ، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب . هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين ، وفيه شيء لابد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الكتابية الاسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جواز نكاحها على الاطلاق من غير نظر إلى آبائها أدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف، أم بعده،وليس كذلك،لانه ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة ، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب ﷺ ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل ، ولسنا نعلم أدَخَل كل بني اسرائيل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف ، بل في القصص مايدل على استمرار بعضهم على عبادة الاوثان والاديان الفاسدة ، وبتقدير استمرار هذا في اليهود، فلايستمر في النصارى ، لان بني اسرائيل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به، ومنهم من صَدّ عنه فأصر على دين موسى . ثم من المصرّين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده ، ولكن كأن الاصحاب اكتفَوا بشرف النسب وجعلوه جابراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف ، حتى فارق حكمهن حكم غير الاسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف . وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ ، فلا تفارق فيه الاسرائيلية غيرهـا كما سنوضحه إن شاء الله تعالى .

وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الاسرائيليات أيضاً ، حتى يكون نكاح الاسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين ، كغير الاسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف ، لكن كلام الاصحاب يخالفه ، فاعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الاصحاب .

فرع

الصابئون طائفة تعد من النصارى ، والسامرة طائفة تعد من اليهود . فان كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يتأوّلون نصّ كتابهم ، لم يناكحوا كالمجوس . وإن خالفوهم في الفروع دون الاصول وتأوّلوا نصوص كتابهم ، جازت مناكحتهم . هذا هو المذهب ، وهو نصه في « المختصر » ، وقطع به الجمهور . قال الشيخ أبو علي : وأطلق بعض الاصحاب قولين في مناكحتهم . قال الامام : لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى ، ويخرجونهم عنهم ، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمبتدع فينا .

وإذا شككنا في جماعة أيخالفونهم في الاصول أم الفروع ؟ لم نناكحهم . والصابئون - فيما نقل - فرقتان، فرقه توافق النصارى في أصول الدين ، وفرقة تخالفهم ، وهم الذين أفتى الاصطخري بقتلهم .

فصل

في الانتقال من دين الى دين

هو ثلاثة أقسام .

[القسم] **الاول** : من دين باطل إلى دين باطل ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى مايقر أهله عليه ، كتهود نصراني وعكسه ، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية، أم لايقبل منه إلا الاسلام أو الدين الذي انتقل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الاول ، ثم الثاني .

قلت : الاصح ، لايقبل منه إلا الاسلام . والله أعلم

فعلى الأول ، تحل ذبيحته . وإن كانت امرأة ، حل للمسلم نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، استمر نكاحه . وإن قلنا :لايقر ، لم تحل ذبيحته ولانكاحها. وإذا انتقلت منكوحة مسلم ، فكردّة المسلمة ، فتتنجز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء العدة بعده . وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث ، وامتنع من الاسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه ، فقولان . أحدهما : يقتل كالمرتد ، وأشبههما: يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد . ثم هو حرب لنا ،إن ظفرنا به قتلناه . ولو تمجس يهودي أو نصراني، ففي تقريره وعدمه ومايقبل منه الأقوال . وقيل : يمنع التقرير قطعاً ، لكونه دون دينه الأول . فان لم نقره ، وأبى الرجوع ، ففي القتل والالحاق بالمأمن القولان. وعلى كل حال ، لاتحل ذبيحته ولانكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول ، وإلا ، فان أسلمت قبل انقضاء العدة ،أو عادت إلى دينها وقنعنا به ، دام النكاح ، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال . ولو تمجست كتابية تحت كتابي ، فان كانوا لايجوّزون نكاح المجوس ، فكتمجسها تحت مسلم ، وإلا ، فنقرهما إذا أسلما . ولو تهود أو تنصر مجوسي ، ففي التقرير الأقوال ، فان منعناه ، فالتفريع كما سبق ، ولاتحل ذبيحته ونكاحها بحال ، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لايفيد فضيلة .

الضرب الثاني : انتقال ممايقر عليه إلى مالايقر ، كتوثن يهودي أو نصراني،

فلايقر قطعاً . وهل يقنع بعوده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه ،أم لا يقبل إلا" الاسلام أو ماانتقل منه ، أم لايقبل إلا" الاسلام ؟ فيـه "ثلاثة أقوال . وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم ، انفسخ نـكاحها إن لم يدخل. وإن دخل فعادت إلى مايقبل قبل انقضاء المدة ، استمر نكاحهـا ، وإلا ، تبين الفراق من وقت الانتقال . ولو توثن مجوسي ، لم يقر ، وفيما يقنع به الأقوال .

الضرب الثالث : عكس الثاني،كتهود وثني وتنصره وتمجسه ، فلايقر ، ولا يقبل منه إلا الاسلام قطعـاً كالمرتد ، لأنه كان لا يقر فلايستفيده بباطل . وإذا تأملت حـكم هذه الأضـرب ، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل ، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول ،ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول ، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير . وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق: أن من دخل في التهود والتنصر بعد النسخ والتبديـل لا يناكح ولا يقر بالجزية ، غير مستمر على إطلاقه ، لان من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل ، وقد بينـا الخلاف في منا كحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه ، فاذاً إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية ، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به .

فرع

إذا قبلنا رجوعه إلى غير الاسلام ، في هذه الصورة لانقول له : أسلم أو عد إلى ما كنت عليه ، بل نأمره بالاسلام ، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره .

القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى باطل ، وهو ردة المسلم والعياذ بالله ، فلا يقبل منه إلا الاسلام ، فان أبى قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعـالى ،

ولايحل نكاح المرتد لاحد . وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، تنجزت الفرقة ، وبعده نقف على العدة . فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها ، استمر النكاح، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الردة . وفي مدة التوقف ، لايحل الوطء ، فلو وطىء ، فلا حد ، وتجب العدة ، وهما عدتان من شخص ، فهو كوطء مطلقته في عدته، واجتماعهما في الاسلام هنا كرجعته هناك ، فيستمر النكاح إذا جمعهما الاسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك . ولو طلقها في مدة التوقف ، أو ظاهر منها ، أو آلى ، توقفنا . فان جمعهما الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحتها ، وإلا ، فلا. وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف ، ولا أربعاً سواها ، ولا أن ينكح أمة . فان طلقها ثلاثاً في مدة التوقف ، أو خالعها ، جاز له ذلك، لانها إن لم تعد إلى الاسلام ، فقد بانت بنفس الردة ، وإلا ، فبالطلاق [أو الخلع].

القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى حق ، وهو « باب نكاح المشرك » الآتي إن شاء الله تعالى .

فرع

مَن أحد أبويه كتابي والآخر وثني ، يقر بالجزية على المذهب . وأما مناكحته ومناكحة من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته ، فان كانت الأم هي الكتابية ، لم يحل قطعاً ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر ، هذا في صغر المتولد منهما . فأما إذا بلغ وتديَّن بدين الكتابي منهما ، فقال الشافعي رضي الله عنه: تحل مناكحته وذبيحته . فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً ، ومنهم من قال : لا أثر لبلوغه ، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً ، فبلغ واختار دين أحدهما . ولو تولد بين يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجس ،

فمن القفال أنه يمكَّن منه، ويجري عليه حكم المجوس . وقال الامام : لا يمتنع أن يقال : إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين .

الباب السابع
في نكاح المشرك

فيه أربعة أطراف .

[الطرف] الأول : فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم . فاذا أسلم وتحته أربع كتابيات، أو أقل، استمر نكاحهن، لأنه يجوز ابتداؤه في الاسلام، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي .

وإن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرها ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات، وتخلفت هي ، فان كان قبل المسيس ، تنجزت الفرقة . وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة ، استمر النكاح ، وإلا ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وإن أسلمت المرأة ،وأصر الزوج على كفره ، أي كفر كان ، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن. وإن أسلما معاً ، بقيا على النكاح سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده ، والاعتبار في الترتيب والمعية ، بآخر كلمة الاسلام ، لا بأولها . ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة ، فاسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغها كاسلام الزوجين أو أحدهما . ولو نكح لطفله بالغة ، وأسلم أبو الطفل والمرأة معاً ، قال البغوي : يبطل النكاح، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب ، فيقدم إسلامها على إسلام الزوج ، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب ،

لايقتضي تقدّماً وتأخراً بالزمان ، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج : قال : وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، بطل النكاح أيضاً، لأن إسلام الولد يحصل حكماً، وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ، فلايتحقق إسلامها معاً .

فرع

حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء المدة ، فطلق قبل انقضائها، فطلاقه موقوف . فان اجتمعا على الاسلام في المدة ، تبينا وقوعه . ويعتد من وقت الطلاق ، وإلاّ ، فلا طلاق . وقيل : في الطلاق قولا وقف العقود . ففي قول: لايقع وإن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء المدة . وطردا فيما إذا أعتق عبد أبيه على ظن حياته ، فبان ميتاً ، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتاً . والمذهب الاول ، لأن الطلاق والعتق يقبلان صريح التعليق ، فقبولهما تقدير التعليق أولى ، وكذا يتوقف في الظهار والايلاء . ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في المدة ، لم يلاعن، ويعزّر إن كانت هي المتخلّفة ، ويُحَدُّ إن كان هو المتخلف .

وإن اجتمعا على الاسلام ، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير . ولو سبق الزوج إلى الاسلام، والزوجة وثنية ، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لم يصح . وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في المدة أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لان زوال نكاحها غير متيقن ، فلاينكح من لايجوز الجمع بينها وبينها . وقال المزني : يتوقف فيمن نكحها . فان أسلمت المتخلفة قبل انقضاء المدة ، بان بطلان نكاح الثانية ، وإلاّ ، بان صحته .

وذكر بعض الأصحاب ، أنه على قولي وقف العقود . فعلى قول : هو كما قال المزني . والمذهب هو الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجماهير .

ولو أسلمت المرأة أولاً ،ونكح في تخلّفه أختها الكافرة ، ثم أسلم مع الثانية ، فان كان بعد انقضاء عدة السابقة ، أقرت الثانية تحته . وإن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فله أن يختار من شاء منها ، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه ، وليس كالصورة السابقة ، فانه هناك مسلم عند نكاح الثانية ، فلاينكح الأخت على الأخت ، وهنا وقع النكاحان في الشرك .

فصل

ماذكرناه أولاً ، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الاسلام وعدم استمراره . والمقصود الآن ، بيان شرط الاستمرار .

فان لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك ، ولا بحالة عروض الاسلام ، فهو مقرر عليه . فان كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك ، لم نبال باعتقادهم ، وأدمنا ماهو صحيح عندنا . وإن اقترن به مفسد ، نظر ، إن كان زائلاً عند الاسلام ، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً ، استمر عليه ، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه . وإن كان المفسد باقياً وقت الاسلام ، بحيث لايجوز ابتداء نكاحها ، فلا تقرير ، بل يندفع النكاح ، ويتخرج على هذا الضابط مسائل .

إحداها : عقدا بغير ولي وشهود ، أو أجبر البكرَ غيرُ الأب والجد ، أو أجبرت الثيب ، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه ، فيقر عليه ، إذ لامفسد عند الاسلام ، ونكاحها الآن جائز .

ولو نكح أمّه أو بنته ، أو زوجة أبيه أو ابنه ، أو مطلقته ثلاثاً قبل التحليل ، اندفع النكاح عند الاسلام ، لأنه لايجوز ابتداؤه .

[المسألة] الثانية : [نكح] معتدة غيره ، فان كانت العدة باقية عند الاسلام، اندفع النكاح، وإلا استمر . وخصّ صاحب « الرقم » هذا التفصيل بعدة النكاح، قال : وفي عدة الشبهة يقرّان وإن كانت المدة باقية ، لأن الاسلام لايمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة ، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق ،وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء. ولو كان نكحها بشرط الخيار لهما أو لأحدهما مدة مقدرة ، فان كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا ، استمر كالمدة ، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامها أو إسلام أحدهما ، حتى لو أسلم أحدهما والمدة أو المدة باقية ، ثم أسلم الآخر وقد انقضت ، فلا تقرير ، كذا قاله الصيدلاني ،والامام ،والغزالي، والبغوي ، لأن المفسد لاقى إسلام أحدهما فغلب الفسادُ . وعن القاضي حسين : أن المؤثر اقترانه باسلامها ، فان اقترن باسلام أحدهما فقط ، لم يندفع النكاح ، لأن وقت الامساك والاختيار هو حال اجتماعها مسلمين ، والأول أصح .

[المسألة] الثالثة : النكاح المؤقت ، إن اعتقدوه مؤبداً ، أقروا عليه . وإن اعتقدوه مؤقتاً ، لم يقروا ، سواء أسلما بعد تمام المدة أو قبلها ، لأن بعد المدة لانكاح في اعتقادهم ، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً ، ومثله لايجوز ابتداؤه .

[المسألة] الرابعة : غصب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحاً ، قال القفال : لايقر ، إذ لاعقد . والصحيح التقرير ، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول ، فأشبه سائر وجوه الفساد . ولو غصب ذمي ذمية ، لم يقر ، لأن على الامام دفع قهر بعضهم بعضاً ، بخلاف الحربي والمستأمن.

فرع

إذا أسلما ، لم يبحث عن شرط نكاحها في الابتداء ، لأنه أسلم خلائق فلم

يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأقرهم عليها . وأما في حال الاسلام ، فالوجه : الاحتياط .

فصل

قد سبق بيان ما إذا لم يقترن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالاسلام مفسد ، وما إذا اقترن بالعقد مفسد ، وهذا الفصل لقسم ثالث ، وهو أن لايقترن بالعقد ، لكن يطرأ مفسد ويقترن بالاسلام ، وفيه مسائل بناهـا جماعة على أن الاختيـار والامساك كابتداء العقد ، أم كاستدامته ؟ قالوا : وفيه قولان مستنبطان . أظهرهما عند الأصحاب الأول .

إحدى المسائل : إذا أسلم ، ووطئت زوجته بشبهـة ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم وطئت بشبهة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها على المذهب والمنصوص وإن كان لايجوز ابتداء نـكاح المعتدة ، لأن عدة الشبهة لاتقطع نـكاح المسلم، فهذا أولى .

[المسألة] الثانية : أسلم وأحرم، ثم أسلمت في العدة، فمن النص جواز إمساكها في الاحرام، وكذا لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم ، له اختيار [أربع] منهن ، والأصحاب طريقان . أحدهما: القطع بالمنع ، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر، لايجوز إمساكها ، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلما معاً ثم أحرم الزوج ، فله الاختيار ، لأنه ثبت قبل الاحرام . وممن روي عنه هذا التأويل ، الأنماطي، وابن سلمة . وعن القفـال إنـكار هذا النص ، وقال : تفحصت كتب الشافعي ، فلم أجده . والطريق الثاني وهو الصحيح : أن المسألة على قولين . أحدهما : المنع .

وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب : الأخذ بظاهر النص ، لأن عروض الاحرام لايؤثر كما في نكاح المسلم ، ولأن الامساك استدامة ، فأشبه الرجعة .

[المسألة] **الثالثة** : نكح في الكفر حرة وأمة ،ثم أسلم وأسلمتا معه ، فالمذهب أن الحرة تتعين للنكاح ، ويندفع نكاح الأمة . وسواء نكحها معاً أو مرتباً ،وتندفع الأمة أيضاً باليسار المقارن للاسلام . وقيل : في اندفاعها في الصورتين قولان ، بناءً على الأصل المذكور . والحاصل للفتوى ، أنه متى أسلم وتحته أمة وأسلمت معه، أو جمعهما الاسلام في العدة ، فان كان يحل له نكاح الامة أمسكها . وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت ، اندفع نكاحها .

[المسألة] **الرابعة** : أسلمت بعد الدخول وارتدت ، فان لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة ، بانت باختلاف الدين أولاً ، وتكون العدة من يومئذٍ . وإن أسلم قبل انقضائها ، سقط حكم تلك العدة من يومئذٍ ، ونتوقف . فان عادت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها ، استمر النكاح ، وإلا ، انقطع من يوم الرِّدَّة ، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتد ، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه ، بانت ، وإن أسلمت ، توقفنا ، فان عاد الزوج إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردته ، استمر النكاح ، وإلا ، حصلت الفرقة من يومئذٍ . قال الامام : وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده ، ولا يتوقف ، والمشهور التوقف . وعلى هذا قال البغوي وغيره : الردة يفترق فيها حكم الابتداء والاستدامة ، لان ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف ، وفي الدوام توقفنا ، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والاحرام. وإنما قيل بالتوقف في الردة ، ولم نجوز الاختيار فيها بخلاف الاحرام والعدة ،لأن منافاة الردة للنكاح أشد ، فانها تقطعه، بخلافها ، ولهذا لاتجوز الرجعة في الردة ، وتجوز في الاحرام على الأصح . ولو أسلم وتحته أكثر من أربع ، وارتد ، ثم أسلمت

النسوة في المدة ، أو أسلم وأسلمن معه ، ثم ارتد قبل الاختيار ، لم يجز أن يختار أربعاً منهن في الردة . فان عاد إلى الاسلام في العدة ، فله الاختيار حينئذ .

فرع

قد بان بما ذكرنا ، أن القاطع للنكاح عند الاسلام ، منه مايكون موجوداً عند العقد واستمر كالعدة ، ومنه مايطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم ، أو نكح أمة ثم أيسر وأسلم موسراً. ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن المفسد إسلامها ، أو يكفي اقترانه باسلام أحدهما ؟ فيه خلاف سبق .

أما القسم الأول : فالأصح الاكتفاء .

وأما الثاني : فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة ، اندفعت الأمة ، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء العدة ثم أسلمت الأمة . ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة ، اندفعت باختلاف الدين . ولو ماتت الحرة بعد إسلامها ، أو ارتدت ، ثم أسلمت الأمة ، اندفعت الامة أيضاً ، وكفى اقتران إسلام الحرة باسلامه . ولو أسلم وتحته أمة وهو موسر ، ثم تلف ماله وأسلمت وهو معسر ، فله إمساكها ، وإنما يؤثِّر اليسارُ في الدفع إذا قارن إسلامَيهما جميعاً. وقيل : يكفي اقتران اليسار باسلامه ، حكي هذا عن أبي يحيى البلخي ، قال: وعكسه لو أسلم معسراً ثم أسلمت وهو موسر ، فله إمساكها نظراً إلى وقت إسلامه . وعن ابن خيران : في اليسار الزائل قولان . وعن القاضي أبي حامد : أن في صورة الحرة والأمة له إمساك الامة ، فحصل خلاف في الصورتين . والمذهب في صورة الحرة والامة اندفاع الامة وإن ماتت الحرة . وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها ، واعتبار اقترانه باسلامها ، لان وقت الاجتماع هو وقت جواز نكاح الامة.

فصل

في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه ، كذا نقلها الأكثرون ، وسماها الغزالي أقوالاً ، والصحيح أنها محكوم بصحتها ، قال الله تعالى : (وامرأته حمالة الحطب)[اللهب:٤](وقالت امرأة فرعون)[القصص:٩]ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعاً، ولم نفرق بينهم ، وإذا أسلموا أقررناهم ، والفاسد لاينقلب صحيحاً ولايقرر عليه . والثاني : أنها فاسدة ، لعدم مراعاتهم الشروط ، لكن لانفرق لو ترافعوا ، رعاية للعهد والذمة ، ونقرهم بعد الاسلام تخفيفاً (١) . والثالث : لانحكم بصحة ولافساد ، بل نتوقف إلى الاسلام ، فما قرر عليه ، بانت صحته ، وما لا ، ففساده . ومن الأصحاب من قطع بالصحة . وإذا ثبت الخلاف ، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الاسلام ؟ أم يجري في كل عقودهم ؟ مقتضى كلام المتولي وغيره : التخصيص. وقال الامام : من يحكم بفساد أنكحتهم ، يلزمه أن لايفرق بين ماعقدوه بشروطنا وغيره . والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها ، مذهب لايعتقده ذو حاصل .

قلت : الصواب التخصيص ، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع ، وليس في كلام الامام إثبات نقل طرده ، وإنما ألزمه إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط ، فان تصور علمنا باجتماعها ، حكمنا بالصحة قطعاً . والله أعلم

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان .

إحداهما : طلق كافر زوجته ثلاثاً ثم أسلما . فان قلنا بالصحيح وهو صحة

---

(١) في الاصل : ونقرهم بعد الاسلام تحقيقاً ، وما أثبتناه من نسخة الظاهرية .

أنكحتهم ، لاتحل إلا بمحلل ، وهذا هو نصه في « المختصر ». وإن قلنا بالفساد ، فالطلاق في الفاسد لايحوج إلى محلل ، فاذا قلنا بالصحيح ، فنكحت هذه المطلقة زوجاً في الشرك ،ووطئها ثم طلقها، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه ، حلت ،وكذا يحصل التحليل للمسلم بنكاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثاً .

المسألة الثانية : التي يقرر نكاحها بعد الاسلام ، لها المهر المسمى إن كان صحيحاً . فان كان خمراً ونحوها ، فسيأتي حكم مهورهم الفاسدة إن شاء الله تعالى. ومن اندفع نكاحها باسلام الزوج ، إن لم تكن مدخولاً بها ،وصححنا أنكحتهم ، فلها نصف المسمى إن كان صحيحاً . وإن كان فاسداً ، فنصف مهر المثل. وإن لم يسم شيئاً ، وجب المتعة . ومن اندفعت باسلامها ، فلاشيء لها على المشهور . وقيل: قولان . ثانيهما : وجوب نصف المهر ،لأنها محسنة بالاسلام ، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه . وإن أفسدنا أنكحتهم،فلا مهر مطلقاً ،لأن المهر لايجب في الفاسد بلا دخول . وإن كانت مدخولاً بها ،وصححنا أنكحتهم ، وجب المسمى إن كان صحيحاً . وإن أفسدناها ، فمهر المثل . ثم عن القفال ، أن من صور الاندفاع من نكح محرماً له ثم أسلم ، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف . ورأى الامام القطع بأنه لاشيء للمحرم من المهر . قال : ولانقول : انعقد العقد عليها ثم انفسخ بالاسلام ، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع . والموافق لاطلاق غير الامام موافقة القفال .

فرع

نكح مشرك أختين ، فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلم وأسلمتا ، قال الأصحاب : إن صححنا أنكحتهم ، نفذ الطلاق فيهما ، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل . وإن

أفسدناها ، فلانكاح ولاطلاق ، ولاحاجة إلى محلل فيها . وإن توقفنا ، فلو لم يكن طلاق ، لاختار إحداهما وبان بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى ، فاذا طلقها ، أمر بالاختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة ، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى . ولو أسلم مع أختين ، ثم طلق كل واحدة ثلاثاً ، فهنا يتخير قطعاً ، لانهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة ، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة . ولو أسلم قبلها ، أو أسلمتا قبله ، تخير قطعاً ، لانه والحالة هذه لايمسك إلا إحداهما ، وينفسخ نكاح الاخرى من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم . ولو كان تحته أكثر من أربع ، فطلقهن ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن ، وعلى التوقف ، يختار أربعاً فينفذ فيهن دون الباقيات . قال الشيخ أبو علي : ولو كان عنده حرة وأمة ، فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل . ولو أسلموا ، ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ، وقع الثلاث على الحرة ، لانها متعينة ، وتندفع الامة ، ولايحتاج فيها إلى محلل . وكذا لو أسلمتا ثم طلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلم أو أسلم فطلقها ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلمتا ، لان الاسلام لما جمع الجميع ، بان اندفاع الامة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم .

فصل

أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ، ثم أسلما بعد قبضه ، فلاشيء . وإن أسلما قبل قبضه ، وجب مهر المثل . وفي قول : لها مهر المثل وإن قبضته . وفي قول: لاشيء وإن لم تقبض ، والمشهور الأول ، وهو الفرق . وسواء كان المسمى خمراً معينة أو في الذمة . ولو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ، ثم أسلما قبل قبضه

أو بعده ، لم نقره في يدها ، بل نبطل ماجرى ، ويجب مهر المثل.هكذا ذكروه، وقياس ماسبق ، أن يخرج من يدها، ولاترجع بشيء ، كما تراق الخمرة المقبوضة . ولو قبضت بعض الفاسد، ثم أسلما ، وجب من مهر المثل بقسط مالم يقبض،ولايجوز تسليم الباقي من الفاسد . وطريق التقسيط ،أن ينظر، فان سميا جنساً واحداً وليس فيه تعدد، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما ، وجب نصف مهر المثل. وإن تعدد المسمى كزقي خمر ، قبضت أحدهما . فان تساويا في القدر ، فكذلك ، وإلا ، فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد ؟ أوجه . أصحها : الأول . وإن أصدقها خنزيرين ، فهل يعتبر العدد أم قيمتها بتقدير ماليتها ؟ وجهان . أصحها : الثاني . وإن سميا جنسين فأكثر، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس، فهل ينظر إلى الأجناس، فكل جنس بثلث ، أم إلى الأعداد،فكل فرد سبع،أم إلى القيمة بتقدير المالية ؟ أوجه . أصحها : الثالث .وحيث اعتبرنا تقويمها ، فهل طريقه أن تقدر الخمر خلاً ، والكلب شاة ، والخنزير بقرة ، أم الكلب فهداً ، لاشتراكها في الاصطياد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة ، أم تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبداً في الحكومة ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث . ولو ترابى كافران ، فباعه أو أقرضه درهماً بدرهمين ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا قبله ، فان جرى تقابض ، لم نتعرض لما جرى ولم يلزم الرد ، وإن لم يجر ، أبطلناه . وإن كان بعد قبض الدرهمين ، سألنا المؤدي ، أقصد أداءه عن الربح، أم عن رأس المال ؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر « كتاب الرهن » . وجميع ماذكرناه هو إذا تقابضا بتراض ، فان أجبرهم قاضيهم على القبض في الربا والصداق وثمن خمر تبايعوها ثم أسلموا ، لم نوجب الرد على المذهب ، فالاسلام يَجُبُّ ماقبله . وإن ترافعوا إلينا في كفرهم ، فكذلك على الأظهر ، ويقال : الأصح .

فرع

نكحها مفوضة ، ويعتقدون أن لامهر للمفوضة بحاله ، ثم أسلم ، فلا مهر وإن كان إسلامها قبل الدخول ، لأنه استحق وطءاً بلامهر .

فصل

إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره ، إن كانا متفقي الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين ، لقول الله تعالى : (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله) [المائدة : ٤٩] ولأنه يجب الذبُّ عنهم كالمسلمين . والثاني : لايجب ، لكن لانتركهم على النزاع ، بل نحكم أو نردهم إلى حاكم ملتهم ، ورجحه الشيخ أبوحامد وابن الصباغ. وقيل : يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالى ، والقولان في غيرها لئلا تضيع، وقيل : عكسه ، والأصح طردهما في الجميع . وإن كانا مختلفي الملة ، كيهودي ونصراني ، وجب الحكم على المذهب ، لأن كُلاً لايرضى بملة صاحبه . وقيل بالقولين . ولو ترافع معاهدان ، لم يجب الحكم قطعاً ، وإن اختلف ملتهما ، لأنهم لم يلتزموا حكمنا ، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض . وقيل : هما كالذميين . وقيل : إن اختلف ملتهما ، وجب ، والمذهب الأول . ولو ترافع ذمي ومعاهد ، فكالذميين . وقيل : يجب قطعاً . وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد ، وجب قطعاً .

فرع

قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم : إن قلنا : وجب الحكم بين الكافرين ،

فاستعدى خصم على خصم ، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما ، ولزم المستعدى عليه الحضور . وإن قلنا : لايجب الحكم ، لم يجب الاعداء ، ولا يلزمه الحضور ، ولايحضر قهراً . قال البغوي وغيره : ولو أقر ذمي بالزنا ، أو سرقة مال مسلم أو ذمي ، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم ، وإلا ، فلايحد إلا برضاه ، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب ، ولم يعتبروه على قول الوجوب . وأما قول الغزالي : لايجب الحكم إلا إذا رضيا جميعاً ، فمردود مخالف لما عليه الأصحاب .

فرع

سواء أوجبنا الحكم بينهم ، أم لا ، إنما نحكم بحكم الاسلام . وإذا تحاكموا في أنكحتهم ، فنقر مانقره لو أسلموا ، ونبطل مالانقره لو أسلموا . فاذا نكح بلاولي وشهود ، أو ثيباً بلا إذنها أو معتدة منقضية العدة عند الترافع وترافعا ، حكمنا بالتقرير والنفقة . فلو كانت بعد في العدة ، أبطلناه ولم نوجب نفقة . ولو نكح مجوسي محرماً ، وترافعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقة . ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي ، فوجهان ، وكذا في تقريرهما على النكاح . أصحهما : التقرير والحكم بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام . ووجه المنع ، أنه لايجوز نكاحها في الاسلام . ولو جاء كافر تحته أختان ، وطلبوا فرض النفقة ، قال الامام : فيه تردد ، لأنا نحكم بصحة نكاحها ، وإنما تندفع إحداهما بالاسلام . قال : والذي أدى القطع به المنع ، لقيام المانع ، وحيث لانقرر في هذه الصور ، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنها ، أم يفرق بين الزوجين ؟ فيه وجهان . أصحهما عند الامام : الاعراض ، وإنما يفرق إذا رضوا بحكمنا . ووجه التفريق ، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الاسلام ، كما لو أظهروا الخمر .

فرع

إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح ، أجاب إن كانت المرأة كتابية ولم يكن لها ولي كافر ، ولايزوج إلا بشهود مسلمين .

فرع

قال المتولي : لو لم يترافع إلينا المجوس ، لكن علمنا فيهم من نكح محرماً ، فالمشهور أنه لايتعرض لهم . وحكى الزبيري قولاً ، أن الامام إذا عرف ذلك ، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة .

الطرف الثاني : فيما إذا أسلم وتحته عدد من النسوة ، لايجمع بينهن في الاسلام، وفيه صور .

[الصورة]الأولى : أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات ، اختار أربعاً منهن ، واندفع في نكاح الباقيات . وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء المدة من وقت إسلام الزوج ، فكذلك الحكم،وسواء في هذا كله نكحهن معاً أو مرتباً . وإذا نكحهن مرتباً ، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات . وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن ، وأسلمن معه أربع ، تقرر نكاحهن ، وارتفع نكاح الباقيات. ولو كان دخل بهن ، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في المدة ، تعين للنكاح، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن ، أو متن في الاسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن ، تعينت الأخريات . ولو أسلم أربع ،ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من رقت إ لام الزوج،

أو متن على الشرك ، تعينت الأوليات . ولو أسلم أربع،ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج ، اختار أربعاً من الاوليات والاخريات كيف شاء . فان ماتت الاوليات أو بعضهن ، جاز له اختيار الميتات ، ويرث منهم .

فرع

قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة،ثم أسلم وأسلمن ، اندفع نكاح الزيادة على أربع ، لكن لايختار الصبي ولا الولي ، لانه خيار شهوة ، فيوقف حتى يبلغ ، ونفقتهن في مال الصبي لحبسهن عليه ، وكذا لو أسلم رجل وجن قبل الاختيار .

الصورة الثانية : أسلم وتحته أم وبنتها ، نكحهما معاً أو مرتباً وأسلمتا ، أو لم تسلما وهما كتابيتان ، فان كان دخل بهما ، حرمتا أبداً .ولكل واحدة مسماها إن جرت تسمية صحيحة ، وإلا ، فمهر المثل . وإن لم يدخل بواحدة منهما ، فهل تتعين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم ، أم يتخير إحداهما ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الأول ،وهما مبنيان عند الجمهور على صحة أنكحتهم.إن صححناها ، تعينت البنت، وحرمت الأم أبداً ، وإلا ، تخير . فان اختار البنت ، حرمت الأم أبداً . وإن اختار الأم ، اندفعت البنت ، لكن لاتحرم مؤبداً إلا بالدخول بأمها . وأما المهر ، فقال ابن الحداد : إن خيرناه ، فللمفارقة نصف المهر ، لأنه دفع نكاحها بامساك الأخرى . وإن قلنا : تتعين البنت ، فلامهر للأم، لاندفاع نكاحها بغير اختياره . وقال القفال وغيره : الحكم بالعكس ،إن خيرناه ، فلا مهر المفارقة، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم ، فالمفارقة كأنه لم ينكحها، حتى جوز الأصحاب

لابنه وأبيه نكاحها تفريعاً على هذا القول . وإذا لم يكن نكاح ، فلامهر .وإن عينا البنت ، فللأم نصف المهر، لصحة نكاحها واندفاعه بالاسلام . ومال الامام إلى أنه لامهر على هذا القول أيضاً ، لأنه صح نكاح البنت، فتصير الأم محرماً ، وإيجاب المهر للمحرم بعيد ، وقد سبق نظير هذا . وإن دخل بالبنت فقط ،ثبت نكاحها ، وحرمت الأم أبداً ، ولامهر لهـا عند ابن الحداد ، ولها نصفه عند القفـال إن صححنا أنكحتهم . وإن دخل بالأم فقط ، حرمت البنت أبداً . وهل له إمساك الأم ؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة . إن خيرناه ، أمسكها ، وإلا ،فلا ، ولها مهر المثل بالدخول .

[الصورة] الثالثة :سبق أنه لو أسلم وتحته أمة،وأسلمت معه ، فله إمساكها إن كان يحل له نكاح الأمة ، وإلا ، فلا فلو تخلفت ،نظر،إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها ، لأن المسلم لاينكح الأمة الكتابية . وإن كان بعد الدخول ،وجمعت العدة إسلامها،فهو كما لو أسلمت معه . وإن كانت كتابية، وعتقت في العدة ، فله إمساكها . وإن لم تسلم،ولا عتقت ، أو كانت وثنية ،ولم تسلم إلى انقضاء العدة ، تبينا اندفاع النـكاح من وقت إسلامه . وإن كان تحتـه إماء، فأسلم وأسلمن معه ، اختـار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمه عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإلا ، فيندفع نـكاحهن ، سواء سبق إسلامه أو سبقنه . ولو أسلم وتحته ثلاث ، فأسلمت معه واحـدة وهو معسر خائف من العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت ، فان قلنا بالاصح : إن اليسار إنما يؤثر في اندفاع النـكاح إذا اقترن باسلامها ، اندفع نـكاح الثانية ، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ويخير بين الاولى والثالثة .وإن قلنا: يؤثر عند إسلامه فقط ، لم تندفع الثانية ، بل تدخل في التخيير .

فرع

أسلم وتحته إماء ، وأسلمت معه إحداهن ، فله أن يختارها ، وله أن ينتظر الباقيات . فان أصررن على الشرك ، تبينا أنهن بِنَّ وقت إسلامه ، وأن عدتهن انقضت . وإن أسلمن في العدة ، نظر، إن كان اختار المسلمة أولاً ، كانت بينونتهن باختياره إياها . وإن لم يكن اختارها ، اختار إحداهن، واندفع الباقيات . وإن طلق المسلمة أولاً ، كان الطلاق متضمناً اختيارها . ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن ، بان أنهن بِنَّ باختلاف الدين . وإن أسلمن في العدة ، بان أنهن بِنَّ من وقت الطلاق فانه وقت الاختيار . وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً ، لم ينفذ ، لأنه إنما يفسخ الزائد ، وليس في الحال زيادة ، ثم إن أصررن ، اندفعن باختلاف الدين ، ولزم نكاح الاولى . وإن أسلمن في العدة ، اختار من شاء من الجميع . وقيل : لايجوز اختيار الأولى ، بل نتبين نفوذ فسخه فيها ، والصحيح الاول .

الصورة الرابعة : أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً ، وأسلمن ، نظر، إن أسلمت الحرة معه ، أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها ، تعينت ،واندفع الاماء ، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينهما . وإذا تأخر إسلامهن، فان أسلمن في العدة ، بِنَّ من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة ، وعدتهن من ذلك الوقت . وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة ، فبينونتهن باختلاف الدين . وإن لم يجتمع إسلام الحرة وإسلامه في العدة ، بأن أسلم الزوج ، وأصرت هي إلى انقضاء العدة، أو ماتت في العدة ، أو أسلمن أولاً وتخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت ، فالحكم كما لو لم يكن تحته حرة ، فيختار واحدة من الاماء على التفصيل السابق ،

وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها ، لايختـار واحدة من الاماء ، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يئس منها بالموت أو انقضاء العدة . فان اختـار واحدة قبل اليأس ، ثم ماتت الحرة ، أو انقضت عدتها وهي مصرة ، فالمذهب أنه يجب اختيار جديد ، ولايتبين صحة ذلك الاختيار . هذا كله إذا لم يطرأ عتق الاماء، فان طرأ قبل اجـتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن ، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن ، التحقن بالحرائر الأصليات ، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الاماء المتخلفات بعد عتقهن ، فهو كما لو أسلم على حرائر، فيختار من الجميع أربعاً كيف شاء . وحكى ابن القطان وجهاً فيما إذا أسلم وتحته حرائر وإماء ، فعتق الاماء ثم أسلمن ، أنه لايجوز إلا اختيار الحرائر الاصليات، وهذا ضعيف .

ولو تخلفت الحرة،واجتمع إسلامه وإسلامهن وهن عتيقات ، فله أن يختـارهن. ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة ، بانت باختيـاره الأربع . وإن لم تسلم ، بانت باختلاف الدين .

وإن أخر الاختيار انتظاراً لاسلام الحرة الأصلية المتخلفة ، فقال الشيخ أبو حامد: هو جائز . قال ابن الصباغ : عندي أنه لامعنى لتأخير اختيار الجميع ، لانه يلزمه نـكاح ثلاث منهن لامحالة ، فيختار ثلاثاً .ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة ،اختارها أو الرابعة من العتيقات . وإن لم تسلم ، لزمه نـكاح الرابعة من العتيقات . ولو أسلم وليس في نـكاحه إلا إماء ، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة ، اختار منهن أربعاً كالحرائر الاصليات . ولو أسلمن معه إلا واحدة ، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت ، تعينت للنـكاح كالحرة الاصلية . ولو كان تحته أربـع إماء ،فأسلم معه ثنتان ، وتخلف ثنتان ، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق ،اندفعتا،

لأن تحت زوجها عتيقة ، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة ، لأن عتق صاحبتها كان بعد اجتماع اسلامها وإسلام الزوج ، فلا يؤثر في حقها ، فيختار واحدة من المتقدمتين . ولو كان تحته إماء ، فأسلم الزوج مع واحدة ، ثم عتقت ، ثم عتق الباقيات ، ثم أسلمن ، اختار أربعاً منهن ، لالتحاقهن بالأصليات ، وليس له اختيار الأولى ، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الاسلامين . ولو كان تحته أربع إماء ، فأسلم معه اثنتان ، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان ، ثم أسلمتا ، تعين إمساك الأخريين ، واندفعت المتقدمتان . ولو أسلم الزوج وتخلفن ، ثم عتقت اثنتان ، ثم أسلمتا وأسلمت الأخريان ، ثم عتقتا ، تعين إمساك الأوليين ، واندفعت المتأخرتان . والنظر في جميع ذلك الى حالة اجتماع الاسلامين ، لأنه حالة إمكان الاختيار .

فصل

عتق الأمة تحت عبد ، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى . والغرض هنا بيان عتق المشركة مع إسلامها ، فاذا نكح عبدٌ كافر أمة ، ثم أسلمتا وعتقت ، نظر ، إن عتقت بعد اجتماع الاسلامين ، فهي كسائر الاماء يعتقن تحت العبيد ، وليس هذا من صور الفصل ، وإن عتقت قبل اجتماع الاسلامين وهي مدخول بها ، فلها حالان .

أحدهما : أن تسلم هي أولاً وتعتق ، ويتخلف الزوج ، فليس لها الإجازة ، سواء عتقت ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم عتقت ، لأنها معرضة للبينونة ، ولا يبطل بهذه الاجازة حقها من الفسخ . وإن اختارت الفسخ في الحال ، جاز ، فاذا فسخت ،

فان أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها ، فعدتها من وقت الفسخ ، وتعتد عدة حرة ،فان لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها ، فعدتها من وقت إسلامها . ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله ، وتعتد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت . وإن أسلمت ثم عتقت ، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها ، فهل تعتد عدة حرة ، أم عدة أمة ؟ فيه طريقان ، أقربهما الى نص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع في « الشامل » وغيره : أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة ، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة ، وموضع بيانها « كتاب العدد » . ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج ، جاز ، ولا يبطل خيارها ، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق . ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة ، سقط الخيار ، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت ، وإن أسلمت ثم عتقت ، فهل هي عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وإن أسلم الزوج ، فلها الفسخ ، وتعتد من وقت الفسخ عدة حرة .

الحال الثاني : أسلم وتخلفت ، فلها الخيار على الصحيح ، لتضررها برقه . وقيل : لاخيار لها ، لأن خيار العتق من أحكام الاسلام ، وهي كافرة ، فلا يثبت لها . فاذا قلنا بالصحيح ، فلها تأخير الفسخ والاجازة ، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت ، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة . وإن لم تسلم حتى انقضت ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وهل تعتد عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وهنا أولى بالحاقها بالأمة ، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء . ولو أجازت قبل ان تسلم ، لم تصح إجازتها على الصحيح ، لأنها معرضة البينونة . ولو فسخت ، نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين ، كالحالة الأولى . وقيل : لا ينفذ ، وبه قال ابن سلمة . وهو ظاهر نقل المزني ، لكنه مؤوّل عند الجمهور .

فرع

أسلم الزوج الرقيق ، هل لزوجته الكافرة خيار ؟ وجهان . أصحها على ما قال الامام والمتولي : لا ، لأنها رضيت برقه ولم يحدث فيها عتق ، والثاني : نعم ، وهو ظاهر نصه ، لأن الرق نقص في الاسلام ، وليس كبير نقص في الكفر . قال الداركي : الخلاف في أهل الحرب ، أما الذمية مع الذمي ، فلا خيار لها قطعاً ، لأنها رضيت بأحكامنا . واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وسواء أسلمت أو لم تسلم اذا كانت كتابية ، كذلك قال البغوي وغيره ، وفي « الوسيط » ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة ، وليس هو بقيد ، فاعلم ذلك .

فصل

العبد الكافر ، إذا أسلم وتحته أكثر من امرأتين ، فأسلمن معه أو بعده في العدة ، ان دخل بهن ، اختار ثنتين منهن ، سواء كن حرائر أو إماءً . فان شاء ، اختار حرتين ، أو حرة وأمة . وإن سبقن بالاسلام ، ثم أسلم في العدة ، فكذلك . ولو طرأ عتقه ، نظر ، إن عتق بعد اجتماع الاسلامين ، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد ، فلا يزيد على ثنتين . وإن عتق قبل الاسلامين ، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن ، أو بينهما ، تقدم اسلامه أو تأخر ، فله حكم الأحرار ، وللزوجات ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يتمحضن حرائر ، فيختار أربعاً منهن . ولو أسلم منهن ثنتان معه ، ثم عتق ثم أسلم الباقيات ، فليس له الا اختيار ثنتين ، إما الأوليين ، وإما ثنتين من الباقيات ، وإما واحدة منهما وواحدة منهن . ولو أسلمت معه واحدة ،

ثم عتق ، ثم أسلمت الباقيات ، فله اختيار أربع ، لأنه لم يكمل باسلام الواحدة عدد العبيد . وحكى ابن القطان وجهاً أنه لا يختار إلا ثنتين ، وهو غريب ضعيف .

الحال الثاني : أن يتمحضن إماءً . فان كن قد عتقن عند اجتماع الاسلامين ، اختار منهن أربعاً ، وإلا ، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعسار وخوف العنت . ولو كان تحته أربع إماءٍ ، فأسلمت معه اثنتان ، ثم عتق ، ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختر إلا اثنتين ، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق ، ويجوز اختيار الأولين ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ولا يجوز اختيار الأخريين على الصحيح ، وجوزه القاضي حسين ، ولا يجوز اختيار واحدة من الأولين وواحدة من الأخريين على الأصح . ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا ، فله اختيارهما ، وله اختيار واحدة منهما ، وواحدة من الأولين لأنهما حرتان عند اجتماع الاسلام ، فصار كما لو كان تحته أربع حرائر ، فأسلم معه ثنتان ثم عتق ، ثم أسلمت الآخرتان ، فانه يختار ثنتين كيف شاء . ولو أسلمت معه واحدة من الاماء الأربع ، ثم عتق ، ثم أسلمت البواقي ، قال المتولي : لا يختار إلا واحدة على الصحيح ، وبهذا قطع البغوي ، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين ، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق . فاذا قلنا : لا يختار إلا واحدة ، تعينت الأولى ، كذا قاله المتولي والبغوي . قال المتولي : وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة ، وعكس الامام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين . وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة ، قال : وقول القاضي هفوة منه .

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه ، ثم أسلمن ، قال البغوي : له إمساك الجميع ، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق ، فله إمساك الأولى ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فله إمساكهن ، لأن إدخال الحرائر على الاماء جائز .

الحال الثالث : إذا كن حرائر وإماءً ، اندفعت الاماء ، ويختار أربعاً من الحرائر إن زدن على الاربع ، وإلا ، فيمسكهن . ولو كان تحته حرتان وأمتان ، فأسلم معه حرة وأمـــة ، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختر إلا اثنتين ، لاستيفاء العدد قبل العتق ، وله اختيار الحرتين ، واختيار الأمة الأولى مع حرة ، وليس له اختيار الثانية مع حرة .

الطرف الثالث : في ألفاظ الاختيار وأحكامه .

أما ألفاظه ، فكقوله : اخترت نـكاحك ، أو تقرير نـكاحك ، أو حبسك ، أو عقدك ، أو اخترتك ، أو أمسكتك ، أو أمسكت نـكاحك، أو ثبتُّ [نـكاحك] أو ثبتك ، أو حبستك على النـكاح . وكلام الأئمة يقتضي أن جميـع هذا صريـح ، لكن الأقرب أن يجعل قوله : اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية .

ولو كان تحته ثمان مثلاً ، وأسلمن معه ، فاختار أربعاً منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق ، لزم نـكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء .

ولو قال لأربـع : أريد كن، ولأربـع: لا أريد كن ، قال المتولي : يحصل التعين بذلك . وقياس ما سبق حصول التعين بمجرد قوله : أريد كن .

فروع

الفرع الأول : طلق واحدة منهن ، أو أربعاً ، كان تعييناً للنكاح ، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق ، فتندفع الأربـع المطلقات بالطلاق ، والباقيات بالفسخ بالشرع .

ولو طلق أربعاً غير معينات ، أمر بالتعيين . فاذا عين ، فالحـكم ما ذكرنا ،

هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي « التتمة » وجه : أن الطلاق ليس تعييناً للنكاح .

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عـدد ، فوجهان . أحدهما : أنه تعيين لنكاحهن ، وأصحها : لا ، لأن الأجنبية تخاطب به ، بل هو بها أليق . فعلى هذا ، إن اختار مَن ظاهر منها ، أو آلى للنكاح ، صح الظهار والايلاء ، ويكون ابتداء مدة الايلاء من وقت الاختيار ، ويصير عائداً إن لم يفارقها في الحال .

ولو قذف إحداهن ، لزمه الحد إن كانت محصنة ، ولا يسقط إلا بالبينة إن اختار غير المقذوفة ، وإن اختارها ، سقط بالبينة وباللعان .

[**الفرع**] **الثاني** : قال : فسخت نكاح هذه ، أو هؤلاء الأربع ، أو قال : اخترت هذه للفسخ ، أو هذه للفسخ من غير لفظ « اخترت » فان أراد الطلاق ، فهو اختيار للنكاح ، وإن أراد الفراق ، أو أطلق ، فهو اختيار للفسخ . ولو قال لواحدة : فارقتك ، فالأصح أنه فسخ ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما . وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله : طلقتك ، لأنه من صرائح الطلاق .

الفرع الثالث : لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ ، فهو لغو ، ولو طلق الجميع ، وقع على المنكوحات ويعيِّنهن .

الفرع الرابع : قال : إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ ، لم يصح ، لأن تعليق الاختيار باطل ، فانه إما كالابتداء ، كالنكاح ، وإما كالرجعة . وقيل : يصح تعليق الفسخ كالطلاق ، وهو ضعيف .

ولو قـال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالصحيح جوازه ، تغليباً لحكم الطلاق ، ويحصل اختيارها ضمناً ، فانه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً .

ولو قال : إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ ، إن أراد الطلاق نفذ ، وإلا لغا .

ولو قال : كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح ، لم يصح . ولو قال : فقد طلقتها ، صح على الأصح . ولو قال : فقد فسخت نكاحها ، إن أراد حله بلا طلاق ، لم يجز ، لأن تعليق الفسخ لا يجوز ، وإن أراد الطلاق ، جاز . وإذا أسلمت واحدة ، طلقت وحصل اختيارها ضمناً ، وهكذا إلى تمام الأربع ، وتندفع الباقيات ، وفي وجه : لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق ، وهو ضعيف .

[الفرع] **الخامس** : لا يكون الوطء اختياراً للموطوءة على المذهب ، لأن الاختيار هنا كالابتداء ، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول ، فان الرجعة لا تحصل بالوطء . فلو وطىء الجميع وجعلناه اختياراً ، كان مختاراً للأوليات ، وعليه المهر للباقيات ، وإن لم نجعله اختياراً ، اختار أربعاً منهن وغرم المهر للباقيات.

الفرع السادس : قال : حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس ، انحصرن ويندفع نكاح الباقيات .

فرع

أسلم على ثمان وثنيات ، فأسلم معه أربع ، وتخلف أربع ، فعين الأوليات نكاح ، صح التعيين . فان أصرت المتخلفات ، اندفعن من وقت إسلامه ، وإن أسلمن في العدة ، قال البغوي : تقع الفرقة باختيار الأوليات ، وقال الامام : نتبين اندفاعهن باختلاف الدين ، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات . وهذا هو الموافق لأصول الباب .

وإن طلق الأوليات ، صح وتضمن اختيارهن ، وينقطع نكاحهن بالطلاق ، ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع .

وإن قال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد به الطلاق ، فكذلك ، وإن أراد حله بلا طلاق ، فهو لغو ، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع . فان لم تسلم المتخلفات ، تعين الأوليات ، وإن أسلمن ، اختار من الجميع أربعاً ، وللمسلمات أن يدّعين : أنك إنما[1] أردت طلاقنا ، ويحلفنه ، وللمتخلفات أيضاً أن يدعين إرادة الطلاق وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفنه . وفي وجه : لايلغو الفسخ ، بل هو موقوف ، إن أصررن حتى انقضت العدة ، لغا ، وإن أسلمن فيها ، تبينا نفوذه في الأوليات ، وتعين الأخريات للنكاح ، والصحيح الأول . ولو عين المتخلفات للفسخ ، صح ، وتعينت الأوليات للزوجية . وإن عين المتخلفات للنكاح ، لم يصح ، لأنهن وثنيات وقد لايسلمن . وعلى وجه الوقف : ينعقد الاختيار موقوفاً ، فان أسلمن ، بانت صحته . ولو أسلم على ثمان وثنيات ، فتخلفن ، ثم أسلمن متعاقبات في عُددهن ، وهو يقول لكل من أسلمت : فسخت نكاحك ، فان أراد الطلاق ، صار مختاراً للأوليات ، وأن أراد حله بلا طلاق ، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات ، نافذ في الأخريات ، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ . وعلى وجه الوقف : إذا أسلمت الأخريات ، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات . ولو أسلم معه من الثمان خمس ، فقال : فسخت نكاحهن ، فان أراد الطلاق ، صار مختاراً لأربع منهن وبنّ بالطلاق ، وعليه التعيين ، وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة لابعينها ، فاذا أسلمت المتخلفات في العدة ، اختار من الجميع أربعاً . ولو قال : فسخت نكاح واحدة منكن ، إن أراد الطلاق ، صار مختاراً لواحدة لابعينها ، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثة . وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين ، وأراد حله بلا طلاق ،

(١) في الأصل : إن .

انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . فلو عين ثنتين ، انفسخت واحدة منها فيعينها ، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أخر . ولو اختار الخمس كلهن ، تعينت المنكوحات فيهن ، فيختار منهن أربعاً .

فصل

أما حكم الاختيار ، فإذا أسلم على أكثر من أربع ، وأسلمن معه أو بعده في العدة ، أو كن كتابيات ، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالاسلام ، ويجب عليه الاختيار والتعيين ، وإن امتنع ، حبس . فان أصر ولم ينفع الحبس ، عزّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره . وعن ابن أبي هريرة : أنه لايضرب مع الحبس ، بل يشدد عليه الحبس ، فان أصر ، عزّر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار . فإن جن أو أغمي عليه في الحبس ، خُلّي حتى يفيق ، ولايختار الحاكم عن الممتنع ، لأنه خيار شهوة . قال الإمام : وإذا حبس ، لايعزر على الفور ، فلعله يؤخر ليفكر ، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة . واعتبر الروياني في الامهال الاستنظار فقال : ولو استمهل ، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولايزيد ، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار ، لأنهن في حبسه .

فرع

مات قبل التعيين ، فإن لم يكن دخل بهن ، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن دخل بهن ، فعدة الحامل بالحمل .

وأما غير الحامل ، فمن كانت من ذوات الأشهر ، اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر .

ثم الأشهر تعتبر من موته . وفي الأ ، وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : كذلك ، لأنا لانتيقن شروعها في العدة قبل ذلك ، وأصحها : الاعتبار من وقت إسلامها إن أسلما معاً ، وإلا ، فمن إسلام سابق ؛ لأن الأقواء إنما تجب ، لاحتمال أنها مفارقة بالانفساخ ، وهو يحصل من يومئذٍ .

فرع

مات قبل التعيين ، وقف لهن ربع ماله أو ثمنه ، عائلًا أو غير عائل بحسب الحال إلى أن يصطلحن ، فيقسم بينهن بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل . وعن ابن سريج : أنه يوزع بينهن ، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالاشكال ، وبأنه لاترجيح ، ومال الامام إلى هذا الوجه . والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول ، فإن كن ثمانياً وفيهن صغيرة ، أو مجنونة ، صالح عنها وليها ، وليس له المصالحة على أقل من ثمن الموقوف ، وله المصالحة على الثمن على الأصح . وقيل : لايصالح على أقل من الربع . ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن ، فلو طلب بعضهن شيئاً بلاصلح ، لم ندفع إلى المطالبة شيئاً إلا باليقين . ففي ثمان نسوة ، لو طلب أربع منهن ، لم نعطهن ، فان طلب خمس ، أعطيناهن ربع الموقوف ، وإن طلب ست ، فنصفه ، وسَبع ، ثلاثة أرباعه ، ولهن قسم ما أخذن والتصرف . وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، ونسبه ابن كج إلى النص لتنقطع الخصومة ، وأصحها . لا . فعلى الأول ، يعطى الباقي للثلاث ، ويرتفع الوقف ، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا .

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الارث . أما إذا أسلم على ثمان كتابيات ، فأسلم معه أربع ، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات ، فأسلم معه الوثنيات ،

ومات قبل الاختيار ، فوجهان ، أصحهما وهو المنصوص : لايوقف شيء للزوجات ، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة ، لأن استحقاق الزوجات غير معلوم ، لاحتمال أنهن الكتابيات . والثاني : يوقف ، لأن استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم ، واختاره ابن الصباغ ، وهو قريب من القياس .

قلت : المختار المقيس هو الأول ، لأن سبب الارث في سائر الورثة موجود وشككنا في المزاحم ، والأصل عدمه ، وإرث الزوجات لم نتحققه ، والأصل عدمه .

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية ، فقال : إحداكما طـــالق ومات قبل البيان .

فرع

مات ذمي عن أكثر من أربع نسوةٍ ، قال صاحب « التلخيص » : الربع أو الثمن لهن كلهن ، وقال آخرون : لايرث منهن إلا أربع ، فيوقف بينهن حتى يصطلحن ، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم . وبنى القفـــال الخلاف على صحة أنكحتهم . فإن صححناها ، ورث الجميع ، وإلا ، لم يرث إلا أربع . ولو نكح مجوسي أمّه أو بنته ومات ، قال البغوي : منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف ، والمذهب القطع بالمنع ، لأنه ليس بنكاح في شيء من الاديان ، ولا يتصور التقرير عليه في الاسلام .

فرع

المتعينات للفرقة للزيادة على أربع ، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار ، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسلما معاً ، وإسلام السابق إن تعاقبا ؟ فيه وجهان ، أصحهما : عند الجمهور الثاني ، خلافاً للبغوي .

الطرف الرابع : في النفقة والمهر .

أما النفقة ، فإن أسلم الزوجان معاً ، استمرت النفقة كما يستمر النكاح ، وإن أسلما متعاقبين بعد الدخول ـ والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية ـ فإن أسلم قبلها ، فإن أصرت حتى انقضت عدتها ، فلا نفقة ، لأنها ناشزة بالتخلف ، وإن أسلمت في العدة ، استحقتها من وقت الاسلام ، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر . فعلى هذا ، لو اختلفا ، فقال : أسلمت اليوم ، فقالت : بل من عشرة أيام ، فالقول قوله ، للأصل ، وكذا إذا قلنا بالقديم ، فقال : أسلمت بعد العدة فلا نفقة ، وقالت : بل فيها ، فالقول قوله .

أما إذا أسلمت قبله ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة ، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور ، وقيل : الصحيح ، لأنها أدت فرضاً مضيقاً ، فهو كصوم رمضان . وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في « المختصر » . ولو قال : أسلمت أولاً ، فلا نفقة لك ، فادعت العكس ، فمَن المصدّق بيمينه ؟ وجهان . أصحهما : هي ، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً .

فرع

ارتدت بعد الدخول ، فلا نفقة لزمن الردّة لنشوزها ، سواء عـادت إلى الاسلام في العدة ، أم لا ، ولا يجيء القول القديم .

قلت : ذكر صاحب « المهذب » وآخرون طريقين ، أحدهما : طرد القولين القديم والجديد . والله أعلم

وإن ارتد ، فعليه نفقة مدة العدة ، وإن ارتدا معاً ، قال البغوي : لانفقة ، ويشبه أن يجيء فيه خلاف ، كتشطر المهر .

فصل

أما المهر ، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده ، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم . فلو قالت : سبقتني بالاسلام قبل الدخول ، فعليك نصف المهر ، فادعى العكس ، صدّقت بيمينها ، لأن الأصل بقاء نصف الصداق . ولو ادعى سبقها ، فقالت : لا أدري أينا سبق ، لم يتمكن من طلب المهر . فإن عادت وقالت : علمت أنه سبق ، صدقت بيمينها وأخذت النصف . ولو اعترفا بالجهل بالسابق ، فلا نكاح ، لاتفاقها على تعاقب الاسلام قبل الدخول . ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر ، لم تتمكن من طلبه ، لاحتمال سبقها ، وإن كان بعده ، لم يتمكن هو من استرداد النصف ، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها ، حتى يتبين الحال . ولو اختلفا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معاً ، فالنكاح باقٍ ، وقالت : بل متعاقبين ولا نكاح ، فقولان . أظهرهما : القول قوله ، والثاني : قولها ، لتعارض الأصل والظاهر . فإن

قلنا : القول قولها ، نظر ، إن قالت : أسلمتَ قبلي ، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه ، وإن قالت : أسلمتُ قبلك ، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها .

ولو اختلفاعلى العكس ، فقالت : أسلمنا معاً ، فقال : بل متعاقبين ، فلا نكاح ، لاعترافه ، وهي تدعي نصف المهر . وفي المصدق منهما القولان . ولو قال : لاندري أسلمنا معاً أو متعاقبين ، استمر النكاح .

فرع

أسلمت بعد الدخول ، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة ، وادعت العكس ، فهذا يتصور على أوجه .

أحدها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كغرة رمضان ، فادعى إسلامه في شعبان ، وقالت : بل في خامس رمضان ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء كفره .

والثاني : أن يتفقا على وقت إسلامه ، كغرة رمضان ، وقال : انقضت عدتك في خامس رمضان ، وقالت : بل في شعبان ، فالقول قوله بيمينه .

الثالث : أن لايتفقا على شيء ، واقتصر على أن إسلامي سبق ، واقتصرت على أن عدتي سبقت ، فالنص أن القول قوله ، ونص فيما إذا ارتد ، ثم أسلم ، وادعى أنه أسلم في العدة ، وادعت انقضاءها قبل إسلامه ، وفيما إذا قال : راجعتك في العدة ، فقالت : بل بعدها ، أن القول قولها . وللأصحاب طرق . أحدها : طرد قولين في المسائل الثلاث ، هل القول قوله ، أم قولها ؟ والثاني : أن النصين على حالين . فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجعته ، واختلفا في انقضاء العدة ، فالقول قوله . وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة ، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله ، فالقول قولها . والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق ، ورجحه

الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما : أن من سبق بالدعوى ، فالقول قوله ، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث ، لأن المدعي أولاً مقبول ، فلا يرد بمجرد قول آخر . وزاد البغوي فيما إذا سبق دعواه فقال : إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن ، فهو المصدّق . فان اتصل كلامها بكلامه ، فهي المصدّقة .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنهما جميعاً أسلما حين طلعت الشمس يوم كذا ، أو حين غربت ، قبلت شهادتهما واستمر النكاح . وإن شهدا أنهما أسلما مع طلوع الشمس ، أو مع غروبها ، لم يحكم بهذه الشهادة ، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب ، وهي حالة واحدة . وقوله : مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع ، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارناً لطلوع أول القرص ، وإسلام الآخر مقارناً بطلوع آخره .

فرع

نكحت في الكفر زوجين ، ثم أسلموا ، فإن ترتب النكاحان ، فهي زوجة الأول ، فان مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين ، ففي جواز التقرير وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحها التقرير . **والله أعلم**

وإن وقع النكاحان معاً ، لم تقر مع واحد منهما ، سواء اعتقدوا جوازه ، أم لا . وفيما إذا اعتقدوه وجه : أن المرأة تختار أحدهما ، كما لو أسلم على أختين ، وبالله التوفيق .

الباب الثامن

في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة : العيب ، والغرور ، والعتق ، والتعنين . وقولنا : « المتفق عليها » احتراز مما إذا زوج الأب أو الجد بكراً بغير كفء وصححنا النكاح ، فلها الخيار . ولو زوج الصغير من لاتكافئه ، وصححناه ، فله الخيار إذا بلغ . ولو ظنها مسلمة ، فكانت كتابية ، فله الخيار على رأي .

والتعنين أحد العيوب ، إلا أنه يختص بأحكام ، كضرب المدة وغيره ، فبيَّن الأصحاب في « فصل العيوب » أنه أحدها ، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام .

السبب الأول : العيب ، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

أحدها : يشترك فيه الرجال والنساء ، وهو ثلاثة : البرص ، ولايلتحق به البهق . والثاني : الجذام ، وهو علة صعبة يحمرُّ منها العضو ثم يسودُّ ثم ينقطع ويتناثر ، نسأل الله الكريم العافية ، ويتصور ذلك في كل عضو ، لكنه في الوجه أغلب . ثم حكى الإمام عن شيخه ، أن أوائل البرص والجذام لايثبت الخيار ، وإنما يثبت إذا استحكما . وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع . وتردد الامام في هذا وقال : يجوز أن يكتفى باسوداد العضو ، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة . الثالث : الجنون منقطعاً كان أو مطبقاً ، ولايلحق به الاغماء بالمرض إلا أن يزول المرض ويبقى زوال العقل . قال الامام : ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه ، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجوُّ الزوال ، أم لا ؟ ولو قيل به لكان قريباً . ومتى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب ، فله فسخ النكاح قلَّ ذلك العيب أم كثر . ولو تنازعا في قرحة ، هل هي جذام ؟ أو في بياض هل هو برص ؟

فالقول قول المنكر ، وعلى المدعي البينة ، ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب .

القسم الثاني : مختص به وهو الجب والتعنين .

الثالث : مختص بها وهو الرتق والقرن ، فالرتق : انسداد محل الجماع باللحم ، والقرن : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه ، ويقول الفقهاء « القرن » بفتح الراء وهو في كتب اللغة باسكانها .

قلت : يجوز الفتح والإسكان ، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما ، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في « تهذيب الاسماء واللغات » ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله ، جواز الأمرين وترجيح الفتح . والله أعلم

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فلو فعلت وأمكن الوطء ، فلا خيار كذا أطلقوه ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب المبيع بعد زواله .

فجملة هذه العيوب سبعة ، يمكن في حق كل واحدٍ من الزوجين خمسة ، وما سواها من العيوب لاخيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقال زاهر السرخسي : الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار ، وقال : كذا العِذْيَوطُ والعذيوطة ، يثبت به الخيار . والعِذيوط ، من يخرج عنه الغائط عند الجماع . وزاد القاضي حسين وغيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة ، وبالعيوب التي تجتمع فتنفر تنفير البرص ، وتكسر سورة التائق ، كالقروح السيالة ومافي معناه ويقال : إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه .

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله ، ففي ثبوت الخيار قولان . أظهرهما : المنع لأنه لايفوت مقصود النكاح ، وموضع القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة ، لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيار ، هذا هو الأصح . وقيل : القولان أيضاً فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة ، فإن كان بقطعية وهي الولادة ، فلاخيار . وقيل : القولان مطلقاً ، وإن كانت العلامة قطعية لمعنى النفرة .

ولا خيار بكونه أو كونها عقيماً ، ولا بكونها مفضاة ، والافضاء : رفع ما بين مخرج البول ، ومدخل الذكر .

فصل

إذا ظهر بكل واحد منهما عيب مثبت للخيار ، فإن كانا من جنسين ، فلكل واحد منهما الخيار إلا إذا كان مجبوباً وهي رتقاء ، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره الحناطي والشيخ أبو حامد والامام ، وحكى البغوي طريقاً آخر ، أنه لافسخ به قطعاً ، لانه لا طريق له إلى تحصيل الوطء . وإن كانا من جنس ، ثبت الخيار لكل واحد على الأصح . هذا في غير المجنون ، أما إذا كانا مجنونين ، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما في الحال ، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر والفحش . فإن كان أحدهما أكثر وأفحش ، فللآخر الخيار قطعاً .

فرع

نكح أحدهما الآخر عالماً بعيبه ، فلا خيار . فلو ادّعى المعيب علم الآخر ،

صدّق المنكر بيمينه . وقيل : إن كان هذا الاختلاف بعد الدخول ، صدق مدعي العلم .

فرع

جبت المرأة ذكر زوجها ، فهل لها الخيار ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض ، وأصحها : نعم كما لو خرّب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار ، فإن المرأة بالجب لاتصير قابضة لحقها ، والمستأجر لايصير قابضاً لحقه كالتخريب ، والمشتري بالتعيب قابض حقه .

فصل

العيب المثبت للخيار إن كان مقارناً للعقد ، فلكل واحد الفسخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد ، فإن كان بها ، فله الفسخ على الجديد الاظهر ، وإن كان به ، نظر إن كان قبل الدخول ، فلها الفسخ ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص ، فلها الخيار ، كذا قاله الاصحاب في جميع الطرق . وحكى الغزالي فيه وجهاً لم أره لغيره . وإن حدث التعنين ، فلاخيار ، لانها عرفت قدرته وأخذت حظها ، وإن حدث الجب ، فلها الفسخ على الاصح ، ويقال : الاظهر .

فرع

أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به ، وأما المقارن ، فإن كان جباً أو تعنيناً ، فلا خيار لهم على الصحيح ، وإن كان جنوناً ، فلهم الخيار . وإن

رضيت هي ، وكذا إن كان جذاماً أو برصاً على الأصح . ونقل الحناطي في العيب الحادث وجهاً ، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف . وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج ، فإن دعت إلى تزويجها بمجبوب أو عنين ، فعليهم الاجابة على الصحيح ، فإن امتنعوا ، كانوا عاضلين ، وإن دعت إلى مجنون ، فلهم الامتناع ، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح .

فصل

في أحكام هذا الخيار

فيه مسائل .

إحداها : هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع ، هذا هو المذهب . وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان آخران كخيار العتق . أحدهما : يمتد ثلاثة أيام والثاني : يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه ، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضعيفان . وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ ، أم لابد من الرفع إلى الحاكم ؟ أما التعنين ، فلا بد من الرفع ، وفيما سواه وجهان . أصحهما : لابد من الرفع لأنه مجتهد فيه . قال البغوي : وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرته ، جاز . ولو وطئها وظهر بها عيب ، فقالت : وطئت عالماً ، فأنكر ، أو كان العيب به ، فقال : كنتِ عالمة فأنكرت ، فالقول قول المنكر على الصحيح . وقال ابن القطان : قول الآخر ، لأن الأصل دوام النكاح .

الثانية : الفسخ بعيب مقارن للعقد ، إن كان قبل الدخول ، سقط كل المهر ولا متعة ، سواء كان العيب فيه أو فيها ، لأن شأن الفسخ تراد العوضين . وإن كان بعد الدخول ، فثلاثة أوجه ، الصحيح المنصوص ، أنه يسقط المسمى ويجب مهر

المثل ، والثاني : يجب المسمى ، والثالث : إن فسخ بعيبها ، فمهر المثل ، وإن فسخت بعيبه ، فالمسمى . وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده ، فإن أوجبنا في المقارن المسمى ، فهنا أولى ، وإلا ، فأوجه . أحدها : المسمى ، والثاني : مهر المثل ، وأصحها : إن حدث قبل الدخول ، ثم دخل بها غير عالم بالحال ، فمهر المثل كالمقارن ، وإن حدث بعد الدخول ، فالمسمى ، لأنه تقرر بالوطء قبل الخلل .

فرع

إذا اطّلع أحد الزوجين على عيب الآخر ، ومات الآخر قبل الفسخ ، فهل يفسخ بعد الموت ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، أصحها : لايفسخ ويتقرر المسمى بالموت . ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها ، لم يسقط حقها من النصف ، لأن الفرقة حصلت بالطلاق .

الثالثة : إذ فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر ، فهل يرجع به على من غره ؟ قولان . الجديد : الأظهر ، لا . وموضع القولين إذا كان العيب مقارناً للعقد ، وأما إذا فسخ بعيب حادث ، فلا رجوع بالمهر مطلقاً ، إذ لا غرور . وقال المتولي : القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل ، أما إذا كان المسمى ، فلا رجوع ، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل ، ثم إذا قلنا بالرجوع ، فإن كان التغرير والتدليس منها دون الولي ، فالرجوع عليها دونه . وصوّر المتولي التغرير منها ، بأن خطب الزوج إليها ، فلم يتعرض لعيبها ، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها . وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز ، فيما إذا عقدت بنفسها ، وحكم بصحته حاكم . ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر

بالدفع إليها ، ثم الاسترداد منها . لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام ، أنه لامعنى للدفع إليها والاسترداد ، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لايغرم لها . وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقاً لئلا يخلو النكاح عن مهر ? وجهان . ويقال : قولان .

قلت : الأصح عند من قال بالرجوع ، أنه لايبقى لها شيئاً ، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغرير . **والله أعلم**

وإن كان التغرير من الولي ، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيبها ، فإن كان عالماً بالعيب ، رجع عليه بجميع ماغرم . وإن كان جاهلاً ، فوجهان لأنه غير مقتصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا : لا رجوع إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن محرماً كابن عم ومعتق وقاض ، وحينئذ يكون الرجوع على المرأة . فأما المحرم ، فلا يخفى عليه الحال غالباً ، وإن خفي فلتقصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح . فإذا قلنا : لارجوع على الجاهل ، فعلى الزوج إثبات العلم ببينة على إقرار الولي بالعلم . وإن غره أولياء الزوجة ، فالرجوع عليهم ، فإن جهل بعضهم وقلنا : لارجوع على الجاهل ، رجع على من علم . ولو وجد التغرير منها ومن الولي ، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها ، أم عليها نصفين ? فيه وجهان ، وإن غرت الولي وغر الولي الزوج ، رجع الزوج على الولي والولي عليها ، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيبها ، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه .

قلت : لامجيء له لتقصيرها الظاهر ، لاسيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لايعذر بجهله لتقصيره . **والله أعلم**

الرابعة : المفسوخ نكاحها بعد الدخول ، لانفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلًا بلا خلاف ، وإن كانت حاملًا ، فان قلنا : نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا ، وإن قلنا بالأظهر . إنها للحامل ، لم تجب . وأما السكنى ، لاتجب على المذهب وبه قطع الجمهور . وقيل بطرد القولين . وقال ابن سلمة : إن كان الفسخ بعيب حادث ، وجبت ، وإلا ، فلا . وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه ، فله ذلك وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي .

فروع

تتعلق بهذا السبب

رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فحدث بمن به العيب عيب آخر ، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح . وإن ازداد الأول ، فلا خيار على الصحيح ، لأن رضاه بالأول رضىً بما يتولد منه . ولو فسخ بعيب ، فبان أن لاعيب ، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح ؟ وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح ، بطلان الفسخ لأنه بغير حق . والله أعلم

ولو قال : علمت عيب صاحبي ، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار ، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد . وقيل : لا خيار هنا قطعاً ، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود .

السبب الثاني : الغرور بالاشتراط . فاذا شرط في العقد إسلام المنكوحة ، فبانت ذمية ، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه ، فهل يصح النكاح أم يبطل ؟ قولان . أظهرهما : الصحة . والقولان فيما إذا اشترطت حريته فبان

عبداً ، هما إذا نكح باذن السيد ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة ، هما إذا نكحت باذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الاماء ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . ويجري القولان في كل وصف شرط ، فبان خلافه ، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال ، والنسب ، والشباب ، واليسار ، والبكارة ، أو صفة نقص كأضدادها ، أو كان مما لايتعلق به نقص ولا كمال ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور . وفي « شرح مختصر الجويني » أنهما إنما يجريان في النسب والحرية ومايتعلق بالكفاءة ، فإذا قلنا ببطلان النكاح ، فرق بينهما ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل ، ولا سكنى لها في العدة ، وكذا لانفقة إن كانت حائلًا . فإن كانت حاملًا ، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ إن قلنا : للحمل ، وجبت ، وإلا ، فلا ، وإذا قلنا بصحة النكاح ، فإن بان الموصوف خيراً مما شرط ، فلا خيار ، وإن بان دونه ، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين . وأما سائر الأصحاب ، فقالوا : إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه ، نظر إن كان نسبه دون نسبها ، فلها الخيار . وإن رضيت هي ، فلأوليائها الخيار ، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه ، إلا أنه دون المشروط ، فلا خيار لها على الأظهر ، وقيل : لا خيار قطعاً ، ولا خيار للأولياء ، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لايؤثر في حقهم ، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه ، فطريقان ، أصحهما : أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون نسبه ، وإلا ، ففيه القولان . والطريق الثاني : لاخيار له قطعاً لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه . وإن شرطت حريته فخرج عبداً ، فان كانت حرة ، فلها ولوليها الخيار ، وإن كانت أمة ، ففي ثبوت الخيار وجهان . وقيل : يثبت قطعاً . قال الإمام والمتولي : وإذا أثبتناه ، فهو للسيد دون الأمة ، فان له أن يجبرها على نكاح عبدٍ ، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيباً ، فان الخيار لها ، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه

العيوب . وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة ، فان كان الزوج حراً ، فله الخيار على المذهب ، وإن كان عبداً ، فلا خيار على المذهب ، وإن كان المشروط صفة أخرى ، فان شرطت في الزوج فبان دون المشروط ، فلها الخيار ، وإن شرطت فيها ، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق .

قلت : الاظهر ثبوته . **والله أعلم**

فرع

في فتاوى البغوي : تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيباً ، فقالت : كنت بكراً فزالت البكارة عندك ، وقال : بل كنت ثيباً ، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، ولو قالت : كنت بكراً فافتضني فأنكر ، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، وقوله بيمينه لدفع كمال المهر .

فصل

إذا ظنت زيداً كفءاً لها ، وأذنت في تزويجها إياه ، فبان غير كفء ، فلاخيار لها ، كذا أطلق الغزالي ، وينبغي أن يفصل فيقال : إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه أو حرفته ، أو فسقه ، فلا خيار ، وإن كان لعيبه ، فيثبت الخيار ، وإن كان لرقه ، فليكن الحكم كما سنذكره إن شاء الله تعالى متصلاً بهذا فيمن نكحها ظاناً حريتها فبانت أمة ، بل جانب المرأة أولى باثبات الخيار .

قلت : هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف ، وفي فتاوى صاحب « الشامل » لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً ، فبان عبداً ، فلها الخيار . وذكر غيره نحو

هذا ، والمختار ثبوت الخيار بالجميع ، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة . وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين ، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه ، فبان فاسقاً ، صح النكاح لوجود الاشارة إلى عينه . قال البغوي : لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً ، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي . والله أعلم

فرع

نكح امرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ، فالنص أن له الخيار ، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو ممن يحل له نكاح الامة ، فالنص أنه لاخيار ، وللأصحاب طريقان . أحدهما : العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بترك العلامة ، ولأن الكفر منفّر . وأصحها : جعل الصورتين على قولين . أظهرهما : لاخيار فيهما كما لو اشترى عبداً يظنه كاتباً فأخلف ظنه .

فصل

اخلف في الشرط ، إذا قلنا : لايفسد العقد وانه يثبت الخيار ، فمن له الخيار ؟ إن أجاز العقد ، كان للزوجة المهر المسمى ، وإن فسخ ، فان كان قبل الدخول ، لم يجب نصف المهر ولا المتعة ، وإن كان بعد الدخول ، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلها ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنصوص ، الأول . وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره ؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب ، وحكم النفقة والسكنى على ماتقدم .

فرع

قال الأصحاب : التغرير المؤثر هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط فلو سبق العقد ، فالصحيح أنه لايؤثر في صحة العقد ولا في الخيار . وقيل : يؤثر فيها .

وأما الرجوع بالمهر ، إذا قضينا بالرجوع على الغار ، فقال الغزالي : التغرير السابق كالمقارن ، وحققه الإمام فقال : لايشترط في حصول التغرير دخول الشرط بين الايجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد [١] لكن يشترط اتصاله بالعقد . فلو قال : فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح ، ثم زوجها على الاتصال بوكالة أو ولاية ، فهو تغرير ، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع ، واتفق بعد أيام أنه زوجها لمن سمع كلامه ، فليس ما جرى تغريراً ، وان ذكره لا في معرض التحريض ، وجرى العقد على الاتصال أو ذكره في معرض التحريض ، وجرى العقد بعد زمان فاصل ، ففي كونه تغريراً تردد ، ويشبه أن لايعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي ، لان تعلق الضمان أوسع باباً .

فصل

إذا غر بحرية أمة وصححنا النكاح ، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقها أحرار لظنه الحرية ، سواء أجاز العقد أو فسخه ، إذا خيرناه ، وسواء كان المغرور حراً أو عبداً ، لاستوائهما في الظن ، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الامة على

---

(١) في نسخ الظاهرية : ولاضرورة من العاقد .

المشهور ، لأنه فوت رقهم بظنه . وفي قول حكاه الحناطي : لاشيء عليه ، لأنه معذور . فعلى المشهور إن كان المغرور حراً ، فالقيمة مستقرة في ذمته ، وإن كان عبداً ، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه ؟ فيه أقوال ، أظهرها الأول ، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة . وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها ، فهم أرقاء ، سواء كان المغرور عربياً أو غيره . وللشافعي قول : ان العرب لايجري عليهم الرق ، والمشهور أن لافرق . ثم في الفصل مسائل .

إحداها : في الرجوع بالمهر المغروم على الغار قولان كما سبق في العيب ، وأما قيمة الاولاد ، فيرجع بها على الغار على المذهب . وقيل : فيه القولان . وإذا قلنا بالرجوع ، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن . فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه ، فيجيء مثله هنا . والصحيح ، المنع . فعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القيمة بذمته ، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه ، لانه حينئذٍ يغرم . أما إذا علقناها بكسبه أو برقبته ، وغرم سيده من كسبه ، أو من رقبته ، فيرجع في الحال ، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله ، كما ذكرنا في « باب الضمان » .

المسألة الثانية : إذا كان المغرور عبداً وقد دخل بالمنكوحة ، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه ، وحيث يجب مهر المثل ، فهل يتعلق بذمته ، أم برقبته ، أم بكسبه ؟ فيه ثلاثة أقوال أظهرها : الأول .

المسألة الثالثة : لايتصور الغرور بحرية الامة من السيد ، لأنه متى قال : زوجتك هذه الحرة ، أو على أنها حرة ، عتقت . وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها ، أو منها ، أو منهما ، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقد ولامعقود عليه ، فإن كان الغرور من الوكيل ، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها ، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به . وإن كان الغرور من الامة المنكوحة ، كان الرجوع عليها ،

لكن لايرجع في الحال ، بل يتعلق الغرم بذمتها ، تطالب به إذا عتقت ، ولا يتعلق بكسبها قطعاً ولابرقبتها على الصحيح ، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل ، يرجع بكل المهر ، لأن المهر للسيد وقد أخذه . وإن كان الغرور منها ومن الوكيل ، فالرجوع عليهما . وفي كيفيته وجهان . أصحهما : يرجع بالنصف على الوكيل في الحال ، وبالنصف عليها إذا عتقت . والثاني : أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منهما ، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق ، فإن رجع ـ هكذا قال البغوي ـ: يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر . وقال الحناطي وغيره . لايرجع واحد منهما على الآخر ، لأن التغرير كامل من كل واحد منهما . ولو ذكرت للوكيل حريتها ، ثم ذكرها الوكيل للزوج ، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق . وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج ، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً ، لأنها لمّا شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط ، هكذا ذكره البغوي . وعلى هذا ، فصورة تغريرهما أن يذكرا معاً .

المسألة الرابعة : لو خرجت التي غر بحريتها مدبرة أو مكاتبة ، أو أم ولد أو معلقة بصفة ، فالكلام في صحة النكاح ، ثم في إثبات الخيار كما سبق ، إذا كانت قنة ، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح ، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها ، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والاسترداد منها . وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهراً ؟ فيه الخلاف السابق في العيب . والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار ، وعلى المغرور قيمتهم . ولمن تكون القيمة ؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد أم مكاتب كالام ؟ وفيه قولان . وإذا قلنا : إنه مكاتب فقتله قاتل ، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء ؟ فيه قولان فإذا قلنا : الولد للسيد ، أو قلنا : هو مكاتب ، وإذا قتل ، فالقيمة للسيد ، غرم المغرور قيمة الأولاد

للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غوت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب ، ففي ذمتها إلى أن تعتق . وإن قلنا : إن القيمة لها ، فإن كان الغرور منها ، لم يغرم القيمة لها كالمهر ، وإن كان من الوكيل ، غرم لها ورجع على الوكيل .

فرع

إذا حكمنا ببطلان النكاح بخلف الشرط ، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غرمها على ماذكرناه تفريعاً على صحة النكاح .

فرع

ماذكرناه من وجوب قيمة الولد ، هو فيما إذا انفصل الجنين حياً . فلو انفصل ميتاً ، نظر إن انفصل بغير جناية ، فلا شيء عليه ، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلاً بالتحريم . وإن انفصل بجناية ، بأن ضرب بطنها فأجهضت ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون الجاني أجنبياً ، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور ، لأنه يغرم له فيغرمه . وقيل : لايغرمه إذ لاقيمة للميت ، والصحيح الاول ، وضمانه عشر قيمة الأم ، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر .

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم ، أو أكثر ، فالمستحق للسيد عشر القيمة ، وإن كان العشر أكثر ، فوجهان . أصحها : يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والإمام وغيرهما ، ونسبه البغوي إلى العراقيين ، لأنه قدر مافوته . والثاني : ليس له إلا قدر الغرة ، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل

الأمرين . فعلى الاول لايتوقف تغريمه على حصول الغرة له . وعلى الثـاني ، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة ، فإن كان يجوز ميراث الجنين ، فذاك ، وإلا ، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر ، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الام ، ولا تسقط بالام لانها رقيقة .

الثاني : أن يكون الجاني هو المغرور ، فعلى عاقلته الغرة ، ويلزم المغرور عشر قيمة الام إن قلنا في الحال الاول بالاصح : انه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة ، وإن قلنا بأقل الامرين ، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها ، وما فضل يكون للورثة . وعلى التقديرين ، لايرث المغرور منها شيئاً ، لانه قاتل ولا يحجب من بعده من العصبات .

فإن كان المغرور عبداً ، تعلقت الغرة برقبته . ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها ، فإذا حصلت الغرة ، صرف إلى السيد منها عشر قيمـة الام ، فإن فضل شيء ، فهو للورثة ، وإن اعتبرنا التفويت ، سلمت الغرة للورثة ، وتعلق حق السيد بذمة المغرور .

الثالث : أن يكون الجاني عبد المغرور ، فإن اعتبرنا التفويت ، فحق سيد الامة على المغرور ، ولاتتعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين ، لانه لايستحق على عبده شيئاً ، وإن كان معه جدة الجنين ، تعلق نصيبها برقبته ، وإن اعتبرنا أقل الامرين ، تعلقت الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد . فإن فضل منها شيء ، فعلى ماذكرنا .

الرابـع : أن يكون الجاني سيد الامة ، فعلى عاقلته الغرة . ثم إن اعتبرنا التفويت ، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الام . قال الإمام : ويجوز أن يقال : انفصاله بجناية السيد ، كانفصاله بلا جناية ، فلا يغرم المغرور شيئاً ،

وإن اعتبرنا أقل الامرين ، فاذا حصلت الغرة ، صرف منها العشر إلى السيد . فان فضل شيء فهو للورثة . قال الإمام : إذا كانت الغرة قدر للعشر أو أقل ، وصرفناها إلى السيد ، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد .

فرع

خيار الخلف هل هو على الفور ؟ فيه طريقان حكاهما ابن كج وغيره ، المذهب : نعم كخيار العيب ، والثاني : على أقوال خيار العتق . قال البغوي : وإذا أثبتنا الفسخ ، انفرد به من له الخيار ، ولايفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع ،ولكن هذا مختلف فيه ، فليكن كخيار عيب النكاح .

السبب الثالث : العتق ، فاذا عتقت أمة تحت حر ، فلا خيار لها ، وإن عتقت تحت عبد ، فلها الخيار إن عتقت كلها ، فإن أعتق بعضها ، فلا خيار . وقال المزني : لها الخيار . ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة ، فلا خيار . ولو عتقت تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق ، فلها الخيار . ولو عتق الزوج وتحته أمة ، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور . ولو عتقا معاً ، فلا خيار ، ويثبت خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والافاقة ، ولا يقوم الولي مقامها في الفسخ والاجازة . ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة ، بطل خيارهـــا على الاظهر المنصوص في « المختصر » .

فروع

الفرع الأول : طلقها رجعياً فعتقت في العدة ، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة

وقيل : الفسخ موقوف ، إن راجعها ، نفذ ، وإلا ، فلا . والصحيح الأول .
وإذا فسخت هل تستأنف عدة ، أم تكفي بقية العدة ؟ قولان كما لوطلق الرجعية .
وإذا قلنا بالبناء ، فتكمل عدة حر أو أمة ؟ فيه خلاف موضعه « كتاب العدد »
ولو أخرت الفسخ ، فلها ذلك ، ولا يبطل خيارها . ولو أجازت ، لم تنفذ الاجازة ،
لأنها محرمة جارية إلى بينونة ، فالاجازة لا تلائم حالها . قال الإمام : ولم يخرجوه
على وقف العقود ، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد [قابلًا لمقصود
العقد] [١] وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها . ونقل الغزالي
عن بعضهم تخريجاً على وقف العقود ، فإن راجعها ، نفذت ، وإلا ، فلا . ولو ثبت
لها خيار العتق ، فطلقها قبل أن تفسخ ، فان كان طلاقاً رجعياً ، بقي حقها في الفسخ
والحكم كما لو أعتقت في العدة . وإن كان بائناً ، فقولان . أحدهما : أن
الطلاق موقوف ، وإن فسخت ، بان أنه لم يقع ، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في «الأم» .
وأظهرهما يقع وهو نصه في « الإملاء » لمصادفته النكاح ، ويبطل الخيار ، ومنهم من
أنكر القول الأول . ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها ، ففي وقوع الطلاق
ووقفه هذا الخلاف .

الفرع الثاني : إذا فسخت العتيقة قبل الدخول ، فلامهر ، وليس للسيد منعها
من الفسخ. وإن فسخت بعد الدخول ، نظر ، إن تقدم الدخول على العتق ، وجب
المسمى ، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال ، وجب مهر المثل على المذهب .
وقيل : المسمى ، وقيل : خلاف فيها . وأيها أوجبناه ، فهو للسيد ، وكذا لو اختارت
المقام معه ، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة ، فالمهر للسيد ، لأنه وجب بالعقد .

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

وإن زوجها مفوضة ، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق [١] فهو للسيد أيضاً . وإن عتقت ثم دخل بها ، أو فرض لها ، فهل المهر للسيد أم لها ؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول .

[الفرع] **الثالث** : خيار العتق على الفور على الأظهر ، وفي قول : يمتد ثلاثة أيام ، وفي قول : إلى أن يصرح بإسقاطه ، أو تمكن من الوطء طائعة . وفي وجه : تتقدر بالمجلس . فإن قلنا بالفور ، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة . قال الإمام تفريعاً على القول الثاني : ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخييرها ، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار ، ولايحسب من وقت العتق . وذكر تفريعاً على القول الثالث ، أنها لو مكنت ولم يصبها الزوج ، لم يبطل حقها ، لأن التمكين من الوطء لايتحقق إلا عند حصول الوطء ، وأنه لو أصابها الزوج قهراً ، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء ، فإن كان قبض على فمها ، بقي حقها قطعاً . وعلى هذا القول لو قال : أصبتها فأنكرت ، فأيها يصدق ؟ وجهان حكاهما ابن كج ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة . وإذا اعتبرنا الفور ، فتمكنت ولم تفسخ ، أو مضت الأيام الثلاثة ، أو مكنت من الوطء ، إذا اعتبرنا ذلك ، ثم ادعت الجهل بالعتق ، صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال . فإن كذبها ، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها ، فالمصدق الزوج ، هذا هو المذهب . وقيل : في المصدق قولان مطلقاً . فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار ، صدقت على الأظهر . ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، قال الغزالي : لاتعذر ، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرقم » .

---

(١) في الأصل : قبل الدخول .

وقال : إن كانت قديمة العهد بالاسلام وخالطت أهله ، لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله ، فقولان .

فرع

هذا الفسخ لايحتاج إلى مراجعة الحاكم ، ولا إلى المرافعة إليه ، لأنه ثابت بالنص والاجماع ، كالرد بالعيب والشفعة .

قلت : وللزوج وطء العتيقة مالم تفسخ ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة ، العتيقين وطؤهما مالم تفسخا بعد البلوغ والافاقة . والله أعلم

السبب الرابع : التعنين ، فالتعنين مثبت للخيار ، وكذا الجب إن لم يبق مايمكن الجماع به ، كأن لايبقى قدر الحشفة ، فإن بقي دون قدر الحشفة ، أو بقي قدرها فأكثر ، فلاخيار بسبب الجب على المذهب . وعن ابن سلمة ، أنه خرجه على قولين كالخصي . فعلى المذهب : لو عجز عن الجماع به ، فهو كالسليم العاجز ، فتضرب له المدة . وعن الشيخ أبي حامد ، ثبوت الخيار في الحال ، لأن العيب متحقق ، والظاهر دوام العجز ، وفي معناه المرض المزمن الذي لايتوقع زواله ، ولايمكن الجماع معه ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره . ولو وجدت زوجها خصياً موجوء الخصيتين أو مسلولهما ، فلا خيار على الأظهر الجديد . وقيل : لاخيار قطعاً .

فرع

العنة الطارئة لاتؤثر ، لأن القدرة تحققت بالوطء ، فالعجز بعارض . ولو كان له امرأتان ، فعنّ عن إحداهما دون الأخرى ، ثبت الخيار للتي عنّ عنها ، لفوات

الاستمتاع . قال الأصحاب : وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياء ، ويقدر على غيرها لميل أو أنس . فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد ، أو لخلل[١] في نفس الآلة ، فانه لايختلف بالنسوة ، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر ، فيثبت الخيار على الصحيح . وحكى الحناطي فيه وجهاً بعيداً ، ولو عجز عن افتراع بكر وقدر على ثيب ، فللبكر الخيار .

فصل

إذا اعترفت[٢] بقدرته على الوطء وقالت : إنه يمتنع منه ، فلا خيار لها ، وهل لها مطالبته بوطأة واحدة ؟ وهل يجبر هو عليها ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه حقه ، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت . والثاني : نعم لمعنيين . أحدهما : استقرار المهر . والثاني : حصول الاستمتاع للتعفف . فان قلنا : تجب الوطأة فكانت أمة ، فالطلب للسيد على المعنى الأول ، ولها على الثاني . ولو أبرأت الحرة عن مهرها ، فلا مطالبة على المعنى الاول ، وتطالب على الثاني ، ولايرهق إلى الوطء بل يمهل ليستعد له على العادة . ولو كان به مرض أو عذر ، أُمهل إلى زواله . وإن أصر على الامتناع بلا عذر ، حبس . قال الامام : ولايبعد أن يخرَّج من الايلاء أن يطلق القاضي عليه ، لكن لم يخرجوه .

فرع

تسقط مطالبة العنين بالفسخ ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيب الحشفة ،

---

(١) في الأصل : تخلل .

(٢) في الأصل : عرفت .

فان أحكام الوطء كلها منوطة[١] به كالتحليل ، والتحصين ، والحدود ، والكفارة ، والغسل ، وفساد العبادة ، وثبوت المصاهرة وغيرها . قال الامام : وسببه بعد الاتباع ، أن الحشفة هي التي تحس[٢] تلك اللذة ، قال : ويعني بتغيبها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها . أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة ، ففيه تردد ، لانها حصلت في حيز الباطن . وذكر البغوي ، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكراً أن يقتضها بآلة الاقتضاض . وإن كانت ثيباً ، فأن تغيب الحشفة ، وهذا يدل على الاقتضاض لايحصل بتغييب الحشفة . ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة ، فهو كتغيب الحشفة من السليم . وقيل : يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في « المختصر » ورجحه بعضهم ، والأول أصح وظاهر النص مؤوّل .

فصل

وجدته عنيناً فرفعته إلى القاضي وادعت عنته ، فان أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها ، ثبتت . وإن أنكر ، حلف ، فان حلف ، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطء ، وامتنع الفسخ ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة ؟ وإن نكل ، فثلاثة أوجه . أصحها : ترد اليمين عليها ، ولها أن تحلف إذا بان لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممارسة . والثاني : يقضى عليه بالنكول ، وتضرب المدة بغير يمين . والثالث : لاترد عليها ولايقضى بنكوله . وحكى أبو الفرج وجهاً أن تحليف الزوج لايشرع أصلاً بناء على أن اليمين لاترد عليها وهو ضعيف ، ثم ثبوت العنة لايفيد

---

(١) في الأصل : منطوّه .

(٢) في الأصل : تحسن .

الخيار في الحال ، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها ، وابتداؤها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره ، لانه مختلف فيه ، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة ، لكن لو سكتت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل ، فلا بأس بتنبيهها ثم قولها : أنا طالبة حقي على موجب الشرع ، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم ، وسواء في المدة الحر والعبد ، فاذا تمت السنة ولم يصبها ، لم ينفسخ النكاح ، وليس لها فسخه ، بل ترفعه ثانياً إلى القاضي . وعن الاصطخري ، أن لها الفسخ بعد المدة ، والصحيح الأول . وإذا رفعته إليه ، فان ادعى الاصابة في المدة ، حلف ، فان نكل ، ردت اليمين على المرأة ، وفيه الخلاف السابق . وإذا حلفت ، أو أقر أنه لم يصبها في المدة ، فقد جاء وقت الفسخ ، فان استمهل ثلاثاً ، فهل يمهل ؟ فيه الخلاف المذكور في الايلاء . وفي استقلالها بالفسخ وجهان . أصحها : الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً ، وأقام المشتري بينة عند القاضي . والثاني : أن الفسخ إلى القاضي ، لأنه محل نظر واجتهاد ، أو يأمرها بالفسخ ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة ، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة . وإذا قلنا : لها الفسخ بنفسها ، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج ، أم لابد من قول القاضي : ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري ؟ فيه وجهان. أصحها : الثاني . ولو قالت : اخترت الفسخ ، ولم يقل القاضي : نفذته ، ثم رجعت، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ ؟ وجهان في « مجموع ابن القطان » . أصحها : المنع . ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ ، أما إذا فسخت بإذنه ، فإن الاذن السابق كالتنفيذ .

فرع

إنما تحسب [المدة] [١] إذا لم تعتزل عنه . فان اعتزلت أو مرضت ، لم تحسب . ولو سافرت [٢] حبست على الأصح لئلا يدافع المطالبة بذلك . وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال ، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك [٣] الفصل في السنة الأخرى .

فرع

الفسخ بالعنة بعد ثبوتها ، كالفسخ بسائر العيوب ، والمذهب أنه على الفور ، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك . وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة ، يسقط حقها من الفسخ ، ولا رجوع لها إليه . فان فسخت في أثناء المدة ، لم تنفذ . وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة ، أو قبل ضرب المدة ، فالأظهر أنه لغو ، ويثبت لها الخيار بعد المدة . وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعياً ثم راجعها ، لم يعد حق الفسخ ، لانها رضيت بعنّته في هذا النكاح ، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة ، بأن يستدخل ماءه ، أو يطأها في الدبر ، فتجب العدة وحكم [٤] العنة باق . ولو بانت بانقضاء العدة، أو كان الطلاق بائناً ، أو فسخت النكاح ، ثم تزوجها ثانياً ، ففي تجدد حق الفسخ قولان . أظهرهما : التجدد ، لانه

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : سافر .

(٣) في الأصل : تلك .

(٤) في الأصل : بحكم .

نكاح جديد ، وتضرب المدة ثانياً . ولو نكح امرأة ابتداءً ، وأعلمها أنه عنين ، فقال صاحب « الشامل » وغيره : هو على القولين . وذكر البغوي ، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أخرى ، طريقين . أحدهما : على القولين . والثاني : القطع بالثبوت ، لانه قد يعجز عن امرأة دون أخرى . ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها ، فلها الخيار قطعاً[1] لانها نكحته[2] غير عالمة بعنّته .

فرع

إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة ، لم تسمع دعواها ولم تضرب مدة ، لان المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله ، وقولهما ساقط . ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي ، أجّل ، ولم يثبته عامة الاصحاب قولاً وقالوا : غلط المزني . وإنما قال الشافعي في « الأم » والقديم : إن لم يجامعها الخصي ، أجل ، وهذا المذكور في الخصي تفريع على أنه لاخيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الاخصاء عنيناً ، وإلا ، فالخيار في الخصي لاتأجيل فيه كالجب . وحكى الحناطي وجهاً أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع ، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة ، وبه قال المزني وهو ضعيف .

---

(١) في الأصل : قطعها .

(٢) في الأصل : حكته .

فرع

جن الزوج في أثناء السنة ، ومضت السنة وهو مجنون ، فطلبت الفرقة ، لم تجب إليها ، لانه لايصح إقراره .

فرع

مضت السنة فأمهلته شهراً أو سنة أخرى ، فوجهان . أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره : لها ذلك ، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت ، كما إذا أمهل بعد حلول الاجل لايلزم الامهال ، والصحيح بطلان حقها بهذا الإمهال لأنه على الفور .

فرع

إذا فسخت بالعنة ، فلا مهر على المشهور ، لانه فسخ قبل الدخول . وفي قول : يجب نصف المهر ، وفي قول كله ، حكاهما صاحب « التقريب » عن حكاية الاصطخري .

فصل

قال الأصحاب : إذا اختلف الزوجان في الوطء ، فالقول قول نافيه عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع .

إحداها : إذا ادعت عنته فقال : أصبتها ، فالقول قوله بيمينه ، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعدها ، وسواء كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر ، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به ، أو ، ادعت عجزه . وقيل : في الخصي والمقطوع ،

فالقول قولها بيمينها ، لأن ذلك يقوي جانبها ، والصحيح الأول . ولو اختلفا في القدر الباقي ، هل يمكن الجماع به ؟ قال الأكثرون : فالقول قولها . وقال صاحب « الشامل » : ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره ، ويخبروا عن الحال ، كما لو ادعت أنه مجبوب فأنكر ، قال المتولي : وهذا هو الأصح . ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة ، وادعى أنها امتنعت ، فان كان لأحدهما بينة ، حكم بها ، وإلا ، فالقول قوله ، لأن الأصل دوام النكاح . فإذا حلف ، ضرب القاضي المدة ثانياً وأسكنها[١] في جوار قوم ثقات يتفقدون حالها . فإذا مضت المدة ، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه ، كذا ذكره المتولي .

الثاني : إذا طالبته في الإيلاء بالفيأة والطلاق فقال : وطئتها ، فالقول قوله استدامة للنكاح . ولو قالت في هذين الموضعين : أنا بكر ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : إن شهد أربع نسوة ببكارتها ، حكم بعدم الاصابة من غير تحليفها ، فلو قال بعد شهادتهن : أصبتها ولم أبالغ ، فعادت البكارة وطلب يمينها ، سمعت دعواه وحلفت . وإن لم يدّع شيئاً ، لم تحلف . والثاني وبه قال أبو علي في « الإفصاح » وابن القطان وابن كج ، والإمام والغزالي وغيرهم : تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة ، لأن البكارة وإن كانت موجودة ، فاحتمال الزوال والعود قائم ، وإن لم يدّع الزوج ، فلا بد من الاحتياط . ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها [حلفت][٢] على أنه لم يصبها ، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية ، ولها حق الفسخ بعد يمينها . وإن نكلت ، حلف الزوج وبطل الخيار . وإن نكل الزوج أيضاً ، فوجهان . أصحها : لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها ، لأن

---

(١) في الأصل : وأسكنها .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الظاهر أن بكارتها هي الأصلية . والثاني : المنع ، لان ما قاله محتمل ، والأصل دوام النكاح .

الموضع الثالث : قالت ، طلقني بعد الدخول فلي كل المهر ، فقال : بل قبله فلك النصف ، فالقول قوله للأصل و وعليها العدة مؤاخذة بقولها ، ولانفقة ولاسكنى ، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعاً سواها في الحال . فلو أتت بولدٍ لزمن محتمل ، ثبت النسب وتقوى به جانبها ، فيرجع إلى تصديقها ، وتطالب الزوج بالنصف الثاني ، ولابد من يمينها على ما ذكره الامام والعبادي ، لان ثبوت النسب لايورث يقين الوطء [١] ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة ، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي . فان لاعن الزوج ونفى الولد ، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه ، ويستمر الامر على ماسبق .

وحيث قلنا : القول قول نافي الإصابة ، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه ، فان وافق ، فقولان . أظهرهما : أن الحكم كذلك ، والثاني : تصديق المثبت . فعلى هذا : تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصير أربعة ، وبالله التوفيق .

قلت : عجب قول الامام الرافعي رحمه الله : فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف ، والمسألة مشهورة ، ففي «المهذب» و «التنبيه» وغيرهما [٢] من الكتب المشهورة ، في المسألة قولان ، في أن القول قولها ، أم قوله ، لأن النسب يثبت بالامكان ، ولانه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء . **والله أعلم**

---

(١) في الأصل : بغير الوطء وهو خطأ .

(٢) في الأصل : وغيره .

الباب التاسع
فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل .

إحداها : له جميع أنواع الاستمتاع ، إلا النظر إلى الفرج ، ففيه خلاف سبق في حكم النظر ، وإلا الاتيان في الدبر ، فانه حرام ، ويجوز التلذذ بما بين الاليتين ، والإيلاج في القبل من جهة الدبر .

فرع

الاتيان في الدبر كالاتيان في القبل في أكثر الاحكام ، كافساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها ، لكن لايحصل به الاحصان ولا التحليل ، ولا الفيأة في الإيلاء ، ولايزول حكم التعنين ، وفي هذين الاخيرين وجه ضعيف .

ويثبت به النسب على الاصح ، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها ، أو كان ذلك في نكاح فاسد . فأما في النكاح الصحيح ، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب ، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعاً ، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب . فإن قلنا : لايستقر ، فقال الحناطي : لها مهر المثل ، فإن وطئها بعده ، فلها المسمى وترد مهر المثل على الاصح . وفي وجه : لها المسمى ومهر المثل . وإن لم يطأها وطلقها ، فقد وجب لها مهر المثل ، وللزوج عندها المسمى . فإن كانا من جنس ، جرت أقوال التقاص ، وهذا كلام مظلم لايهتدى إليه .

قلت : الذي يقتضيه كلام الاصحاب ، إنا إذا قلنا : لا يستقر المسمى ، لا يجب أيضاً مهر المثل ، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي ، وعجبٌ قوله : وإذا طلقها قبل الدخول ، له عليها المسمى ، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى . **والله أعلم**

وتثبت به المصاهرة على الأصح ، والعدة على الصحيح ، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح . وإذا وطىء أمته أو زوجته في دبرها ، فلا حد على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : [حكم] الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفيأة ، والتعنين ، وتغير اذن البكر . والسادس ، أن الدبر لا يحل بحال ، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة . والسابع : اذا جومعت الكبيرة في دبرها ، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها ، لم يجب غسل ثان ، بخلاف القبل ، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف ، ولكن المعتمد ما ذكرناه . **والله أعلم**

المسألة الثانية : العزل : هو أن يجامع ، فإذا قارب الانزال ، نزع فأنزل خارج الفرج ، والأولى تركه على الاطلاق . وأطلق صاحب « المهذب » ، كراهته ، ولا يحرم في السرية بلا خلاف ، صيانة للملك ، ولا يحرم في الزوجة على المذهب ، سواء الحرة والامة بالاذن وغيره . [وقيل : يحرم ، وقيل : يحرم بغير إذن][1] وقيل : يحرم في الحرة .

---

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

وأما المستولدة ، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة ، وأولى بالجواز لانها غير راسخة في الفراش ولهذا لايقسم لها . قال الامام : وحيث حرمنا ، فذلك اذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد ، فأما اذا عن له أن ينزع لاعلى هذا القصد ، فيجب القطع بأن لايحرم .

الثالثة : الاستمناء باليد حرام ، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم . والمذهب الجزم بتحريمه ، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته ، كما يستمتع بسائر بدنها ، ذكره المتولي ، ونقله الروياني .

الرابعة : القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاعات ، كما سبق في « باب الحيض » . ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه ، أنه يجتنب الحائض في جميع بدنها .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ : « اصنعوا كل شيء سوى النكاح » وأنه ﷺ : « كان يباشر الحائض فوق الإزار » فقد خالف قائله إجماع المسلمين . والله أعلم

الخامسة : لابأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد ، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطئين وضوء أو غسل الفرج ، كما ذكرنا في « كتاب الطهارة » ، ولايتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنهن . وأما حديث « الصحيحين » أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد ، فمحمول على إذنهن إن قلنا : كان القسم واجباً عليه ﷺ ، وإلا فهن كالإماء .

السادسة : يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى ، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته .

قلت : ويُسن ملاعبته الزوجة إيناساً وتلطفاً مالم يترتب عليه مفسده، للحديث الصحيح « هلاّ تزوجت بكراً تلاعبها وتلاعبك » . ويستحب أن لايُعطلها، وأن لايطيل عهدها بالجماع من غير عذر، وأن لايترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح « فإذا قدمت فالكيس الكيس »، أي : ابتغ الولد . والسنة أن يقول عند الجماع : باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، للحديث الصحيح فيه ، ولايكره الجماع مستقبل القبلة ولامستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولايحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح ، في النهي عن ذلك .

الباب العاشر

في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه

فيه ثلاثة أطراف .

[**الطرف**] **الأول** : في وطئها ، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال، فإن وطئها ، نُظر ، أهي موطوءة الابن أم لا ؟

الحالة الأولى : أن لاتكون ، وفيه مسائل .

[**المسألة**] **الأولى** : لاحدّ على الأب لشبهة الاعفاف . وعن الاصطخري تخريج قول في وجوب الحدّ ، والمذهب الأول . وعلى هذا ، فيعزّر على الأصح ، لحق الله تعالى . وقيل : لايعزّر . فعلى تخريج الاصطخري : هو كالزّنا بأمة

أجنبي . فإن أكرهها ، وجب مهر المثل ، وإن طاوعته ، فوجهان . وعلى المذهب : هو كوطء الشبهة ، فعليه المهر للابن . فان كان موسراً ، أخذ منه . وإن كان معسراً ففي ذمته إلى أن يوسر . وقيل : إن كان معسراً ، لم يثبت في ذمته . والصحيح الأول .

[**المسألة**] **الثانية** : كما يسقط الحد ويجب المهر ، تثبت المصاهرة فتحرم[1] الجارية على الابن أبداً ، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إحبال ، ولا شيء على الابن بتحريمها ، لأن مجرد الحِل[2] في ملك اليمين غير متقوم ، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية ، وله تزويجها وتحصيل مهرها ، بخلاف ما لو وطىء زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة ، فانه يغرم المهر له ، لأنه فوت الملك والحِلّ جميعاً ، ولأن الحِلّ هناك هو المقصود .

[**المسألة**] **الثالثة** : إذا أحبلها بوطئه ، فالولد نسيب حر ، كما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة . وهل تصير الجارية أم ولد للأب ؟ فيه أقوال . أظهرها : نعم . والثالث : إن كان الأب موسراً ، فنعم ، وإلا ، فلا . وضعف الأصحاب هذا . فان قلنا به ، قال الإمام : يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد ، وتأخيره إلى أداء القيمة أو التوقف ، كما في سراية العتق في نصيب الشريك . وإذا قلنا : لايثبت الاستيلاد ، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حياً ، لأن الرق اندفع بسببه . وإن انفصل ميتاً ، فلا شيء عليه ، ولايجوز للابن بيع الأمة مالم تضع ، لأنها حامل بحرٍ ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع ؟ وجهان . أصحها : المنع ، لأن يده مستمرة عليها ومنتفع بالاستخدام وغيره ، بخلاف الآبق من يد الغاصب . وهكذا الحكم في الجارية المغرور

---

(١) في الأصل : وتحرم .

(٢) في الأصل : الحبل .

بحريتها ، والموطوءة بشبهة إذا أحبلتا ، وإذا ملك الأب هذه الجارية يوماً ، هل تصير أُم ولد ؟ فيه قولان معروفان . أمّا إذا قلنا بالأظهر : إنها تصير أُم ولد ، فيجب على الأب قيمتها مع المهر . فان اختلفا في القيمة ، فالقول قول الأب على المذهب ، لأنه غارم ، وقيل : قولان . ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب ؟ فيه أربعة أوجه . أحدها : قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له ، وبهذا قطع البغوي . والثاني : مع العلوق ، واختاره الإمام . والثالث : عند الولادة . والرابع : عند أداء القيمة بعد الولادة . وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان . أصحها : المنع . قال الإمام : لو فُرض الانزال مع تغييب الحشفة ، فقد اقترن موجب المهر بالعلوق ، فينبغي أن يُنزل المهرُ منزلة قيمة الولد . والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر ، محمول على ما إذا تأخر الانزال عن موجب المهر على ماهو الغالب . قال البغوي : لا ولاء على الولد إن أثبتنا الاستيلاد ، وكذا إن لم يثبت على الأصح .

[المسألة] **الرابعة** : استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي ، فثبوت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة ، فان أثبتناه وكان موسراً ، سرى إلى نصيب الشريك ، فالولد حر ، وعلى الأب كمال المهر ، وكمال القيمة للابن والأجنبي . وإن كان معسراً ، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك ، ويكون نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً على الأظهر . وحكى أبو سعد [1] الهروي وجهاً أن الاستيلاد

(١) في الأصل : أبو سعيد ، وهو خطأ ، وأبو سعد هذا ، هو محمد بن أحمد بن يوسف الهروي الفقيه الشافعي من أهل هراة قتل شهيداً مع ابنه في جامع همذان سنة ٤٨٨ هـ وكان قاضياً فيها ، من كتبه « الاشراف في شرح أدب القضاء » للعبادي .

لايثبت في نصيب الشريك بحال ، ولايجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك ، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حراً ، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لامحالة .

[**المسألة**] **الخامسة** : لو كان الأب المستولد[١] رقيقاً ، فلا حد عليه ، ولاتصير أم ولد ، لأنه لايملك ، والولد نسيب . وفي حريته وجهان . أفتى القفال بالحرية كولد المغرور ، وقيمته في ذمته إلى أن يعتق ، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكرهة ، وإن طاوعته ، فهل يتعلق برقبته أم بذمته ؟ قولان كما لو وطىء العبدُ أجنبية بشبهة . ولو كان الأب المحبل مكاتباً ، ففي ثبوت الاستيلاد وجهان ، بناءً على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه . ولو كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لم يثبت الاستيلاد ، ويكون نصف الولد حراً ، وفي نصفه الآخر وجهان. قال البغوي : إن قلنا : إنه حر أيضاً ، فعليه كمال قيمة الولد ، نصفها في كسبه ، ونصفها في ذمته . وإن قلنا : نصفه الآخر رقيق ، فعليه قيمة نصفه في كسبه .

فرع

لافرق في الأحكام المذكورة ، بين الأب المسلم والذمي ، وتجري الأقوال في ثبوت استيلاد [الذمي وإن كان الكافر لايشتري المسلم ، لأنه ملك قهري كالإرث .

فرع

وطءُ الأب جارية البنت والحفدة كجارية][٢] الابن بلا فرق .

---

(١) في الأصل : الابن مستولد .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

[**الحالة**] **الثانية** : أن تكون الجارية موطوءة الابن ، ووطئها الأب عالماً بالحال ، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر . والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطىء جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة . الجديد الأظهر : لاحدّ . قال الروياني في « التجوبة » : الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها ، فان كان ، وجب الحد قطعاً ، كذا قاله الأصحاب ، لأنه لايتصور أن يملكها بحال ، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة ، فان أوجبنا الحد على الأب ، لم تحرم الجارية على الابن ، ويجب المهر إن كانت مكرهة . وإن كانت طائعة ، لم تجب على الأصح . وإن أولدها ، لم تصر أم ولد له ، ويكون الولد رقيقاً غير نسيب . وعلى هـذا القياس إذا وطىء الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها ، لاتصير أم ولد إن أوجبنا الحد . وقيل : يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنـا الحد فيهما ، والصحيح الأول . ولو أولد أحدُ الشريكين الجارية المشتركة ، ثبت النسب والاستيلاد ، وإن قلنا بالقديم : إنه يجب الحد ، لأنه وطء صادف ملكه حقيقة ، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك . أما إذا قلنا : لاحدّ على الأب ، فهو كما لو كان جاهلًا يلزمه المهر ، وتصير الجارية محرمة عليهما أبداً . فإن أولدها ، فإن كانت مستولدة الابن ، لم تصر مستولدة له ، لان أُم الولد لاتقبل النقل ، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى.

فرع

لو وطىء مكاتبة ابنه وأولدها ففي [1] مصيرها مستولدة للأب وجهان . أحدهما : لا ، لأن المكاتبة لاتقبل النقل . والثاني : نعم ، لأنها تقبل الفسخ ، بخلاف الاستيلاد

---

(١) في الأصل : وفي .

وهذا أصح عند البغوي ، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي . قال : وليس كما لو أولد مكاتبته ، فإنه ينفذ الاستيلاد ، لأنه لانقل ، ولايحتاج إلى فسخ الكتابة ، بل يجتمع الاستيلاد والكتابة ، ولامنافاة .

فرع

كانت جارية الابن منكوحة رجل ، فأولدها الأب ، ففي ثبوت الاستيلاد الأقوال الثلاثة ، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاد ، كما لو استولدها سيدها ، ولايجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل .

فصل

لو وطىء الابن جارية الأب ، فهو كوطء الأجنبي . فإن كان بشبهة ، نظر ، إن ظنها أمته أو زوجته الحرة ، فالولد حر وعليه قيمته للأب . وإن ظنها زوجته الرقيقة ، انعقد الولد رقيقاً ثم عتق على الجدّ ، ولايجب على الابن قيمته . وإن وطئها عالماً بالتحريم ، فهو زنا يتعلق به الحد ، لأن الابن لايستحق الاعفاف على الأب ، فلا شبهة له ، بخلاف العكس ، ويلزم الابن المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فلا على الأصح . ولو أتت بولد ، فهو رقيق للأب ، ولايعتق عليه ، إذ لانسب .

الطرف الثاني : في نكاحه جارية الابن ، للشافعي رضي الله عنه في جوازه نصان . قيل : هما قولان بناءً على وجوب الاعفاف ، إن لم نوجبه ، جاز ، وإلا ، فلا . وقطع الجمهور بأنه لايجوز قطعاً . قالوا : ونقل الجواز غلط ، إنما قال

الشافعي : يجوز أن يتزوج جارية أبيه ، فصحف المزني ، ومنهم من تأوله ، على ما إذا كان الابن معسراً لايجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها ، فيجوز أن يتزوجها الأب ، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن ، فإنا لانوجب نفقته وإعفافه على قول ، فيجوز أن يتزوجها . والصحيح في هاتين الصورتين ، أنه يبنى جواز نكاحه جارية الابن ، على أنه لو أولد جارية ابنه ، هل تصير مستولدة له ؟ إن قلنا : لا ، جاز ، وإلا ، فلا . وكذا الحكم إذا قلنا : لايجب[١] الاعفاف ، هذا كله إذا كان الأب حراً . فلو كان رقيقاً ، فله نكاح جارية ابنه ، لأنه لاتجب نفقته ، ولا إعفافه . وإذا استولد الرقيق جارية ابنه ، لم تصر أم ولد له كما سبق . ولو نكح الأب جارية أجنبي ، فملكها الابن ، وكان الأب بحيث لايجوز له نكاح الأمة ، لم ينفسخ نكاحه على الأصح . ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق ، هل ينفسخ ؟ إن قلنا : لاينفسخ ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها ، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون ، والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم : لاتصير أُم ولد له ، لأنه رضي برق ولده [حين][٢] نكحها ، ولأن النكاح حاصل محقق ، فيكون واطئا بالنكاح لابشبهة الملك ، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح . وقال الشيخ أبو محمد ، ومال إليه الإمام : يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح .

فرع

لايجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته [فيها][٣] . ولو أولد أمة مكاتبه ،

---

(١) في الأصل : لايجوز .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

صارت أم ولد للسيد . ولو نكح أمة فملكها مكاتبه ، انفسخ نكاحه على الأصح ، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب .

قلت : ويجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع ، ونكاح جارية أبيه وأمه قطعاً ، لعدم وجوب الاعفاف . **والله أعلم**

الطرف الثالث : في إعفاف الأب . المشهور أنه يلزم الولدَ إعفافُ الأب . وخرج ابن خيران قولاً انه لايجب ، كما لايجب إعفاف الابن ، ولا الاعفاف في بيت المال ، ولا على المسلمين . والتفريع على المشهور . فسبيل الإعفاف سبيل النفقة ، فيجب للمعسر الزّمن ، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة . وقيل : حيث تجب النفقة ، فالإعفاف أولى ، وإلا فقولان ، لأن النفقة إذا لم تجب على الولد ، وجبت في بيت المال . وقيل : حيث لانفقة ، فلا إعفاف ، وإلا ، فقولان لأن النفقة أهم ، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره ، بخلاف الجماع .

فرع

حيث وجب الإعفاف ، يستوي في لزومه الابن والبنت ، ويثبت للأب والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا ، ويثبت للكافر على الأصح . ولو اجتمع أصلان محتاجان ، فإن وفى مال الولد بإعفافهما ، وجب . فإن لم يف إلاّ بأحدهما ، نظر ، إن اختلفا في الدرجة ، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها . فإن كان الأبعد عصوبة دون الأقرب ، كأبي أبي أب ، مع أبي أم ، فالأول أولى على الأصح . وقيل : هما سواء . وإن لم يكن لواحد عصوبة ، كأبي أم الأب ،

وأبي أبي الأم ، فسواء . وحيث استويا ، يقرع بينهما على الصحيح [١] . وقيل : يقدم القاضي باجتهاده .

قلت : قال الإمام : إن رأينا القرعة ، لم يرفع الأمر إلى القاضي ، وإن قلنا : يجتهد القاضي ، فأدى اجتهاده إلى شيء ، فعل . فإن استويا في نظره ، تعينت القرعة . **والله أعلم**

ولو اجتمع عدد ممن يجب عليهم الإعفاف ، كالأولاد والأحفاد ، فليكن حكمه كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى .

فرع

لايجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله ، وكذا الكسوب الذي يستغني بكسبه عن غيره ، كذا قاله الشيخ أبو علي ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة . ولو وجد قدر النفقة ، ولم يجد مؤونة الإعفاف ، فهل يجب الإعفاف لحاجته إليه ، أم لا لعدم وجوب النفقة ؟ وجهان . أصحها : الأول .

ولو سقط وجوب النفقة أياماً لعارض ، قال الإمام : لاينبغي أن يكون هنا [٢] خلاف في وجوب الإعفاف . ولو قدر على سرِّيَّة ولم يقدر على مهر حرَّة ، فالمتجه أن لايجب إعفافه ، لأنه لايتعين في إعفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

---

(١) في نسخ الظاهرية : على الأصح .

(٢) في الأصل : هناك .

فرع

شرط الإعفاف ، الحاجة إلى النكاح ، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح ، صدق بغير يمين ، لأن تحليفه في هذا المقام لايليق بحرمته ، لكن لايحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته ، بحيث يخاف العنت أو يضرُّ به التعزُّب ، أو يشق عليه الصبر .

فصل

المراد بالإعفاف ، أن يهيىء له مستمتَعاً ، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها ، أو يقول : تزوَّج وأنا أعطي المهر ، أو يباشر النكاح بإذن الأب ويعطي المهر ، أو يملكه جارية تحل للأب ، أو ثمن جارية . وسواء كانت الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية ، وأومأ الروياني إلى وجه [أن][1] الكتابية لاتكفي وهو شاذ ، وليس للأب [أن] يعين النكاح ، ولايرضى بالتسري ، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين رفيعة المهر لجمال أو شرف . ولو اتفقا على مهر مقدَّر ، فتعيين المرأة إلى الأب ، ولايجوز أن يملكه أو يزوجه شوهاء ، أو عجوزاً ، ثم على الولد أن ينفق على زوجة الأب أو أمته ويقوم بمؤوناتها . ولو أيسر الأب بعدما ملّكه الولد جارية أو ثمنها ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر . ولو كان تحته صغيرة أو عجوز ، أو رتقاء ولم تندفع حاجته ، فالقياس وجوب الاعفاف ، وأنه لايجتمع عليه نفقتان . ولو ماتت الأمة التي ملكه إياها ، أو الحرة التي تزوجها ، أو فسخت النكاح بعيبه ، أو فسخ بعيبها ، أو انفسخ بردة

---

(١) الزيادة من نسخ الظاهرية .

أو رضاع ، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له ، وجب على الولد تجديد الاعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرقت منه . وقيل : لايجب ، والصحيح الأول .

قلت : قال الإمام : ولو فرض الإعفاف مراراً ، أو بموت الزوجات ، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف مادامت الحاجة ، ولا ينتهي ذلك ، وإن كثر تكرار الاعفاف . **والله أعلم**

فلو طلقها أو خالعها ، أو أعتق الأمة ، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما ، وجب التجديد على الأصح ، وإلا فلا . وفي « التتمة » وجه ، أنه إذا طلّق[1] ، لزمه أن يزوجه مرة أخرى ، أو يسريه . فإن طلق ثانياً ، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه ، ويسأل الحاكم الحجر عليه لئلا ينفذ إعتاقه . وإذا وجب التجديد ، فإن كانت بائنة ، لزم التجديد في الحال ، وإن كانت رجعية ، لم يجب إلا بعد انقضاء العدة .

فرع

إذا قلنا : لايجب الاعفاف ، فللأب المحتاج أن ينكح أمة . وإن أوجبناه ، فوجهان . أحدهما : يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت . وأصحها : المنع ، لأنه مستغن بمال ولده . فإن قلنا بالأول ، حصل الاعفاف بأن يزوجه أمة .

---

(١) في الأصل : أطلق .

الباب الحادي عشر

في أحكام نكاح الأمة [والعبد][1]

فيه طرفان .

[**الطرف الأول**] في نكاح الأمة وفيه مسائل .

إحداها : إذا زوج أمته ، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً ، لكن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً . ولو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً عن الليل ، لم يكن له . ولو قال السيد : لاأخرجها من داري ، ولكن أخلي لك بيتاً لتدخله وتخلو بها ، فقولان . أظهرهما : ليس له ذلك ، فإن الحياء والمروءة تمنعانه دخول دار غيره . وعلى هذا ، فلا نفقة على الزوج كما لو قالت الحرة : ادخل بيتي ولا أخرج إلى بيتك . والثاني ، للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه . فعلى هذا يلزمه النفقة . فإن قلنا بالأول ، وكانت محترفة ، فقال الزوج : دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي ، فليس له ذلك على الأصح .

[**المسألة**] **الثانية** : للسيد أن يسافر بها ، لأنه مالك رقبتها ، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها ، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها . وإذا لم يسافر معها ، لم يكن عليه نفقتها . وأما المهر ، فإن دخل بها ، فقد استقر وعليه تسليمه ، وإلا فلا . فان كان سلمه ، فله أن يسترده .

قلت : وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد . **والله أعلم**

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

[المسألة] **الثالثة** : ولو سامح السيد فسلمها ليلًا ونهاراً ، فعلى الزوج تسليم المهر وتمام النفقة ، وإن لم يسلمها إلا ليلًا ، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها ، أم لايجب شيء؟ فيه أوجه . أصحها عند جمهور العراقيين والبغوي : أنه لايجب شيء ، ويجري الوجهان الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلًا واشتغلت عن الزوج نهاراً .

قلت : الصحيح الجزم في الحرة بأنه لايجب شيء في هذه الحال . **والله أعلم**

وأما المهر ، فقال الشيخ أبو حامد : لايجب تسليمه كالنفقة . وقال القاضي أبو الطيب : يجب . قال ابن الصباغ : لأن التسليم الذي يتمكن معه [من][1] الوطء قد حصل ، وليس كالنفقة ، فإنها لاتجب بتسليم واحد .

: الأصح الوجوب . **والله أعلم**

[المسألة] **الرابعة** : هلاك المنكوحة بعد الدخول ، لايسقط شيئاً من المهر حرة كانت ، أو أمة ، سواء هلكت بموت أو قتل . فأما إذا هلكت قبل الدخول ، فإن قتل السيد أمته المزوّجة ، فالنص في « المختصر » أن لامهر . ونص في « الأم » في الحرة إذا قتلت نفسها لايسقط شيء من المهر . وللأصحاب طريقان . أحدهما : تقرير النصين . وأشهرهما : طرد قولين فيهما ، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج ، أو أجنبي ، لم يسقط مهرها قطعاً ، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب . وأما الأمة ، فإن قتلها سيدها ، أو قتلت نفسها ، سقط على المذهب وهو نصه . وإن ماتت أو قتلها الزوج أو أجنبي ، لم يسقط على الصحيح .

قال البغوي : إذا قلنا : قتل السيد أمته يسقط المهر ، فلو تزوج رجل أمة

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

أبيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن ، وجب أن يسقط المهر لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول .

[المسألة] **الخامسة** : لو باع الأمة المزوجة ، لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد ، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده ، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه . ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول ، كان نصف المهر البائع ، وإن كان زوّجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع ، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً . وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع ، فهل المفروض أو مهر المثل للبائع أم للمشتري ؟ فيه طريقان . أصحها : على وجهين بناءً ، على أن الوجوب بالفرض والدخول ، أم نتبين بهما الوجوب بالعقد ؟ وفيه قولان . أظهرهما الأول . وإن قلنا بالأول ، فهو للمشتري ، أو بالثاني ، فللبائع . والطريق الثاني : أنه للبائع قطعاً ، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه . ولو مات أحد الزوجين بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، وأوجبنا المهر ، ففيمن يستحقه هذا الخلاف . ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، فالمتعة للمشتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه . ولو أعتق أمته المزوجة ، فالمهر على هذا التفصيل ، فحيث جعلناه للبائع ، فهو هنا للمعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، فهو للمعتقة ، وحيث قلنا : هو للبائع ، أو المعتق ، ولم يجر دخول ، فليس له حبسها لدفع الصداق ، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه ، وليس للمشتري ولا للعتيقة الحبس أيضاً لأنها لايملكان المهر . وحيث قلنا : المهر للمشتري ، أو المعتقة [١] فلها الحبس لاستيفائه [٢] . ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها ، فليس لها

---

(١) في نسخ الظاهرية : العتيقة .

(٢) في الأصل : لاستبقائه .

حبس نفسها لاستيفائه ، لأن استحقاقها بالوصية لا بالنكاح . ولو تزوج أمة ولده[١] ، ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث ، فليس له حبسها ، إذ لا ملك له فيها .

فرع

هذا الذي ذكرناه كله في النكاح الصحيح ، أما إذا زوّجها تزويجاً فاسداً ، ثم باعها ووطئها الزوج بعد البيع ، فمهر المثل للمشتري ، لأنه وجب بالوطء في ملكه ، وإن وطىء قبل البيع فللبائع .

السادسة : قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعبده ، ولا مهر ، لأن السيد لايثبت له دين على عبده ، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضماناً[٢] في الحال ولا بعد العتق . قال الشيخ أبو علي : وهل نقول[٣] : وجب المهر لحرمة النكاح ثم سقط ، أم لم يجب أصلاً ؟ فيه وجهان . ولو أعتقها أو أحدهما ، فلا مهر لا للسيد ولا للمعتقة وإن جرى الدخول بعد العتق ، وكذا لو باعها ودخل الزوج بها في ملك المشتري ، فلا مهر ، لأنه ملك بضعها[٤] أولاً بلا مهر ، وفيه احتمال للشيخ أبي علي على قولنا : لايجب بالعقد أصلاً . قال : ولا يجيء الاحتمال على قولنا : يجب ثم يسقط ، لأنه كالمقبوض .

---

(١) في نسخ الظاهرية : ولو زوج أم ولده .

(٢) في الأصل : ضمان .

(٣) في الأصل : نقل .

(٤) في الأصل : بعضها .

فصل

إذا قال لأمته : أعتقتك على أن تنكحيني ، أوعلى أن أنكحك ، لم تعتق إلا بالقبول [على الاتصال] [١] . وسواء قال مع ذلك : وعتقك صداقك أو لم يقل . ولو قالت ابتداءً : اعتقني على أن أنكحك ، فأجابها إليه ، فكذلك ، ثم لايلزمها الوفاء ، لأن النكاح لايصح التزامه في الذمة . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه ، عن أبي إسحاق ، أنه يلزمها الوفاء ،وهوشاذ لاالتفات إليه ، والصواب الأول ، ويلزمها قيمتها للسيد ،لأنه أعتقها على عوض لم يسلَّم ، فصار كإعتاقها على خمر ، وسواء في لزوم القيمة وفت بالنكاح المشروط أو لم تف . ولو رغبت في النكاح ، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك . ولو تراضيا على النكاح وأصدقها غير القيمة ، فلها ما أصدقها وله عليها القيمة ، وقد يقع التقاص . وإن أصدقها القيمة ، فإن علماها [٢] عند العقد ، صح الاصداق ، وبرئت ذمتها . وإن جهلاها جميعاً أو أحدهما ، فوجهان . أصحها : فساد الصداق كسائر المجهولات . فعلى هذا ، لها مهر المثل وعليها القيمة . والثاني وبه قال ابن خيران : يصح ، لأن القيمة لم تثبت مقصودة ، وكما لو أصدقها عبداً جهلا قيمته . ولو أتلفت امرأة على رجل عبداً ، فتزوجها بقيمته المجهولة ، فسد الصداق قطعاً ، ورجعت إلى مهر المثل . قال الامام : ولو طُرِّد الوجهان هنا لكان قياساً ، ولو نكحها المعتق على أن يكون عتقها صداقها ، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر فلا يكون صداقاً لنكاح متأخر . وفي «الرقم» للعبادي وجه ، أنه يصح ، وكأنه بالشرط جعل رقبتها صداقاً ، والصحيح الأول . والمستولدة ، والمدبرة ، والمكاتبة ، والمعتق بعضها ، حكمهن في الاعتاق على أن ينكحنه

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الأصل : أكملها .

حكم القنة . وحكى ابن القطان وجهاً ، أنه لاقيمة على المستولدة لأنها لاتبـاع .
ولو قال لغيره : اعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي ، فأجاب ، أو قالت امرأة :
أعتقه على أن أنكحك ، ففعل ، عتق العبد ، ولم يلزم الوفاء بالنـكاح . وفي وجوب
قيمة العبد ، وجهان بناءً على القولين فيما لو قال : اعتق عبدك عنك على ألف علي ،
هل يلزمه الألف أم لا ؟ أصحهما عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما : أنـه
لايلزمه ، إذ لايعود إليه نفع بعتقه . ولو قال لأمته : أعتقتك على أن تنكحي[1]
زيداً ، فقبلت ، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي .

فرع

قالت لعبدها : أعتقك على أن تنكحني ، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان .
أحدهما : نعم . فإذا قبل ، عتق ولزمه قيمته ، ولا يلزمه الوفاء . وأصحهما : لا ، بل
يعتق بلا قبول ولا شيء عليه .

فرع

إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنـكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه ، فهل لذلك
طريق يثق به ؟ وجهان .
أحدهما : نعم . قال ابن خيران : وطريقه أن يقول : إن كان في علم الله
تعالى أن أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك ، فأنت حرة . فإن رغبتْ وجرى
النكاح بينهما ، عتقت وحصل غرض السيد ، وإلا استمر الرقّ . ونسب الإمام
هذا الوجه إلى صاحب « التقريب » ، وعبارته في هذا التعليق : إن يسر الله تعالى

---

(١) في الأصل : تنكحني .

بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله بيوم ، فإذا مضى يوم ونكحته ، انعقد النكاح وتبين حصول العتق قبله بيوم ، وذكر اليوم جرى تمثيلا ، ويكفي أن يقول : فأنت حرة قبل .

والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب : لايصح النكاح في هذه الصورة ، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق شاكّ ، هل هي حرة أو أمة [١] ، كما إذا قال لأمته : إن دخلت الدار فأنت حرة قبله بشهر ، وأراد أن ينكحها في الحال ، لايصح .

الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .

إحداها : المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومها [٢] في نكاح الحر .

وبم يتعلقان ؟ نظر [٣] هل العبد محجور عليه أم مأذون له في التجارة ؟ فيها حالان .

الأول : المحجور عليه ، فينظر ، أمكتسب هو أم لا ؟ إن كان مكتسباً تعلقا بكسبه ، ويتعلقان بالكسب العام كالاصطياد والاحتطاب وما يحصله [٤] بصنعة وحرفة ، وبالأكساب النادرة كالحاصلة بالوصية والهبة . وفي وجه : لا يتعلقان بالنادر . والصحيح الأول ، وإنما يتعلقان بما كسب بعد النكاح . فإن كان المهر مؤجلاً ، لم يتعلقا إلا بما كسبه بعد حلول الأجل . وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ؟ وجهان بناءً على بيع المستأجر . إن جوزناه ، جاز ، وإلا ، فلا لئلا يمنع البيع على السيد . قال المتولي : والوجهان في إجارة العين . فأما إذا التزم عملاً في الذمة ، فالمذهب جوازه ، لأنه دين في ذمته لايمنع البيع .

---

(١) في الأصل : أو أمته .
(٢) في الأصل : لزومها .
(٣) في نسخ الظاهرية : ينظر .
(٤) في الأصل : وإما يحصل .

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة ، أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفى بها ، فإن فضل شيء صرف إلى المهر ، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر ، فاذا تم ، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد ، ولا يدخر للنفقة .

وإن لم يكن مكتسباً ، فهو في ذمة العبد ، أم في رقبته ، أم على السيد ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول . وطرد القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب .

الحال الثاني : أن يكون مأذوناً له في التجارة ، فالمهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده ، لأنه كسبه ، ويتعلقان برأس المال على الأصح . وفي الربح الذي يتعلقان به وجهان . أحدهما : الحاصل بعد النكاح فقط ، كما في كسب غير المأذون له . وأصحها : يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضاً ، هذا كله في المهر الذي تناوله الاذن . أما لو قدّر السيد مهراً ، فزاد العبد ، فالزيادة لاتتعلق إلا بالذمة .

المسألة الثانية . يجب على السيد تخلية العبد بالليل للاستمتاع ، وله أن يستخدمه نهاراً إذا تكفل بالمهر والنفقة ، وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب . فان استخدمه ولم يلتزم [١] شيئاً ، لزمه الغرم لما استخدمه . وفيما يغرمه وجهان . أصحها : أقل الأمرين من أجرة المثل وكمال المهر والنفقة . والثاني : كمال المهر والنفقة . وعلى الوجهين في المراد بالنفقة وجهان . الصحيح : نفقة مدة الاستخدام . والثاني : نفقة مدة النكاح ما امتدت ، لأنه ربما كان يكسب مايفي بجميع ذلك . ولو استخدمه أجنبي ، لم يلزمه إلا أجرة المثل ، لأنه لم يوجد منه إلا الاتلاف ، ولم يسبق منه ماسبق من السيد ، وهو الاذن المقتضي لالتزام مؤن النكاح .

---

(١) في الأصل : يلزم .

[المسألة] **الثالثة** : للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع[1] ، لأنه مالك الرقبة ، كما يسافر بالأمة المزوّجة ، ثم للعبـــد أن يسافر بزوجته معه . قال البغوي : ويكون الكراء في كسبه . فان لم تخرج الزوجة معه ، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها ، سقطت نفقتها . وإن لم يطالبها الزوج بالخروج ، فالنفقة بحالها ، والسيد يتكفل بها ، فان لم يفعل ، ففيما يغرمه في مدة السفر الخلاف السابق . هذا هو المنقول في الطرق ، ونص عليه في « المختصر » . ونقل الإمام عن العراقيين ، أنه [ليس][2] للسيد استخدامه ، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النكاح ، وجعل المسألة ذات خلاف للأصحـــاب ، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف .

فرع

أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل متفرع على القول الجديد ، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد ، لايصير ضامناً بالإذن للمهر والنفقة ، لأنه لم يلتزمه[3] تصريحاً و [لا] تعريضاً . وقال في القديم : يصير ضامناً بالإذن ملتزماً المهر والنفقة . واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر . فعلى الجديـد : لو أذن بشرط الضمان لم يصر ضامناً أيضاً ، لأنه لا وجوب عند الإذن . وإذا قلنا بالقديم ، فهل يجب على السيد ابتداءً ، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد ؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز . فعلى الأول : لاتتوجه المطالبـة إلا على السيد . ولو أبرأت العبد ، فهو لغو .

---

(١) في الأصل : الاستاع .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٣) في الأصل : يلزمه .

وعلى الثاني : تتوجه المطالبة عليها ، ويصح إبراء العبد ، ويبرأ به السيد . وصحح أبو الفرج الوجه الثاني ، وقطع البغوي بالأول ، وكلام الإمام يقرب منه .

فرع

في فتاوى القاضي حسين ، أنه لو زوّج أمته عبده ، فنفقة الأمـة على السيد كنفقة العبد . فلو أعتقها السيد وأولادَها ، سقطت نفقتهم عنه ، وتعلقت نفقتها بكسب العبد ، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة ، وإلا ففي بيت المال . ولو أعتق العبد دونها ، سقطت نفقتها عنه ، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره .

المسألة الرابعة : هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح . وأما المهر في النكاح الفاسد ، فله صورتان .

إحداهما : إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده ، فرق بينه وبين المرأة ، فإن دخل بها قبل التفريق ، فلا حدّ للشبهة ، ويجب مهر المثل . وهل يتعلق بذمته لكونه وجب برضى مستحقّه ، أم برقبته لأنه إتلاف ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به . وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر ، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها ، فطريقان . أحدهما : القطع بتعلقه بالرقبة ، وبه قال ابن الحداد ، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا . والثاني : طرد القولين ، لأن المهر وإن كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو ردّة .

الثانية : أذن سيده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ودخل بها قبل التفريق[1]

---

(١) في الأصل : التفرق .

فهل يتعلق المهر بذمته، أم برقبته، أم بكسبه ؟ أقوال . أظهرها الأول . ولو نكح بالإذن صحيحاً، لكن فسد المهر، قال الصيدلاني : تعلق مهر المثل بالكسب قطعاً . ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل، فقياس هذه الصور [١] تعلقه بالكسب .

فرع

في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح، فقال السيد : ما أذنتُ، فالوجه أن تدّعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي ليسمع القاضي البينة .

فصل

سبق في « باب موانع النكاح » أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر، انفسخ النكاح . فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة، فأعطاه مالاً وقال : اشترها لي، ففعل، صح واستمر النكاح، كما يجوز أن يزوج عبده بأمته . ولو ملّكه المال فقال : اشترها لنفسك، ففعل، فإن قلنا : يملك [العبدُ] بتمليك السيد، انفسخ النكاح، وإلا، فالملك للسيد، والنكاح مستمر . ولو اشترى مَنْ بعضُه حر زوجته، نظر، إن اشتراها بالكسب المشترك بينهما وبإذن سيده، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح . وإن لم يأذن السيد، لم يصح في نصيبه، وفي نصيب العبد قولا تفريق الصفقة . إن صح فيه، انفسخ النكاح . [وإن اشتراها بخالص

(١) في الأصل : الصورة .

ماله ، انفسخ النكاح] وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه ، لم ينفسخ ، وهكذا الحكم لو اشترت مَن بعضها حر زوجها .

فرع

متى ملكت زوجها بشراء أو هبة وغيرهما ، نظر ، إن كان قبل الدخول ، فهل يسقط كل المهر ، أم نصفه ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحها : كله ، ومنهم من قطع به . وإن كان بعد الدخول ، لم يسقط شيء من المهر بالانفساخ . فإن كانت قبضته ، لم ترد شيئاً منه ، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين ، وفيه وجهان سبقا في « كتاب الرهن » وغيره . أحدهما : يسقط كما لايثبت له على عبده دين ابتداءً . وأصحهما : يبقى ، لأن الدوام أقوى من الابتداء . فإن قلنا : يسقط ، برئت ذمة العبد من المهر ، وللبائع الثمن عليها ، وإن قلنا : يبقى ، فلها مطالبة العبد إذا عتق ، وللبائع الثمن عليها في الحال . فإن كان السيد البائع وضمن [1] المهر ، فلها عليه المهر بالضمان ، وله عليها الثمن وقد يقع التقاص . أما إذا ملك زوجته بالشراء ، فينظر ، إن ملكها بعد المسيس ، فعليه المهر للبائع مع الثمن . وإن ملكها قبله ، فالمذهب وهو نصه : أنه يجب نصف المهر . وقيل : لايجب شيء .

ولو نكح جارية مورِّثه كأبيه ، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها ، فإن كان بعد الدخول ، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقراره وهو تركه للميت . فإن احتيج إليه لقضاء دين وتنفيذ وصية ، فعل ؛ وإلا سقط إن كان الناكح حائزاً ، وإلا فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه . وإن كان قبل الدخول ، فوجهان . أحدهما

---

(١) في الأصل : ضمن بغير واو ، والتصحيح من مخطوطات الظاهرية .

قاله ابن الحداد : يسقط جميع المهر : فيسترده ، من التركة إن كان قبض . وأصحها : لايسقط إلا النصف . فعلى هذا : إن كان حائزاً ، سقط النصف الآخر لأنه مستحقه ، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه . ولو زوج رجل بنته بعبد بإذنها ، ثم مات فورثت بعض زوجها ، فإن كان بعد الدخول ، فقسط ماورثته من المهر دين لها على مملوكها ، ولها المطالبة بالباقي من كسب ما ترث منه . وإن كان قبل الدخول ، فعلى قول ابن الحداد : يسقط جميع المهر . وعلى الأصح : لا يسقط إلا النصف ، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخول ، وجميع ما ذكرناه إذا اشترت زوجها بغير الصداق . فلو اشترته بعين الصداق ، فيقدم عليه مقدمتين . إحداهما : إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً وقلنا : لايصير السيد ضامناً للمهر بالعقد . فلو ضمن عنه ، جاز ، لأنه ضمان دين لازم . ثم إن كان العبد كسوباً ، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً ، وإلا ، فلا يطالب السيد ، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر [غير(١)] مقبوض . وإن طلقها قبل الدخول ، سقط نصف المهر عنها ، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور . فان كانت قبضت المهر ، ردت نصفه على السيد إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق . فان كان أعتقه ، فعلى الزوج .

الثانية : صورة البيع بعين الصداق ، أن يلتزم السيد الصداق ، إما بأصل العقد على القديم ، وإما بالضمان اللاحق على الجديد ، ويصرح المتبايعان بالإضافة إليه ، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة : بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمني وهو كذا ، فتشتري . أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا ، فهو بيع بغير الصداق .

---

(١) زيادة من مخطوطة الظاهريه .

مثاله : كان الصداق ألفاً ، فقال : بعتك بألف غير الصداق ، أو بألفين ، أو أطلق فقال : بعتك بألف . ولو اختلف جنس الصداق ، فلا شك في المغايرة . ولو دفع عيناً إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها ، ففعل ، ثم باعها العبد بتلك العين ، فهو بيع بالعين .

إذا عرفت المقدمتين ، فالبيع بعين الصداق ، إما أن يجري قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأولى : أن يجري قبله فإن قلنا بالأصح : إنه يسقط كل المهر ، لم يصح البيع ، بل يستمر النكاح ، لأنه لو صح البيع لملكت زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر ، وعري البيع عن العوض وبطل ،فتصحيحه يؤدي إلى بطلانه ، هذا مانص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى . وقال الشيخ أبو علي : يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح ، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً ، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لايحكم بانفساخ النكاح ما داما في المجلس ، إن قلنا : إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري . وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك ، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة ، فلا يبطل الثمن بالانفساخ ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق ، وهذا الذي قاله أبو علي ، نقله المتولي وجهاً . وإن قلنا : إن تملكها الزوج قبل الدخول ، يقتضي تنصيف المهر ، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى ، وهي إذا جرى بعد الدخول . فإن لم نصحح البيع هناك ، فكذا هنا ، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد ، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة . فإن فرقنا ، انفسخ النكاح . هذا قول الجمهور ، وعلى قول الشيخ أبي علي : يصح البيع في جميعه لامحالة .

الحالة الثانية : أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول ، فيبنى على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا بالأصح : إنه لا يسقط ، صح البيع ، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول ، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر . وإن قلنا : يسقط وتبرأ ذمة العبد ، فهل يصح البيع أم لا ؟ وجهان . أصحها : الصحة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب ، إذ ليس هو كما قبل الدخول ، فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح ، بدليل أنه لو كان مقبوضاً ، وجب رده فلا يمكن جعله ثمناً ، وهنا السقوط بحدوث الملك . وإذا جعل ثمناً ، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع ، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته حتى يسقط ، وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترت زوجها وهي حرة . فأما إذا كانت أمة فاشترته بإذن سيدها ، أو كانت مأذوناً لها في التجارة فاشترته للتجارة ، فيصح البيع ويستمر النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره ، لأن الملك للسيد ، لكن إذا اشترته بعين الصداق ، برىء السيد والعبد ، لأن الكفيل إذا أدّى برىء الأصيل ، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه ديناً آخر أدّاه في رقه [وإن][1] اشترته بغير[2] الصداق ، ففي سقوط الصداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكروران ، فإن سقط ، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل ، ويبقى الثمن بحكم الشراء ، وإلا ، فلسيد الأمة على بائع العبد الصداق ، وللبائع عليه الثمن ، وقد يقع التقاص ، فإذا تقاصا ، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع .

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : بعين ، ولعل الصواب ما في نسختنا .

فصــل

في مسائل من الدور الحكمي

عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا . والمسائل [١] التي يقع فيها الدور نوعان .

أحدهما : ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع ، كما ذكرنا فيما إذا اشترت زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد ، فانه لو صح البيع ثبت الملك . وإذا ثبت الملك ، انفسخ النكاح ، وإذا انفسخ ، سقط المهر المجعول ثمناً ، وإذا سقط ، فسد البيع ، فهذه الأحكام المرتبة [٢] ولدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص ، كما في مسألة دور الطلاق ، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي . والذي نذكره هنا ، خمس مسائل من الدور الحكمي .

إحداها : أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه ، نظر ، إن لم يخرج من الثلث ، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في « كتاب الوصايا » وإن خرجت ، نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد ، بأن كانت قيمتها مائة [و] [٣] له مائتان سواها ، فالنكاح صحيح . ثم إن لم يجر دخول ، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت ، وحينئذ لا تخرج من الثلث ، ويرقه بعضها ، وحينئذ يبطل النكاح والمهر ، فاثباته يؤدي إلى إسقاط ، فيسقط . وإن جرى

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : اعلم أن المسائل .

(٢) في نسخة الظاهرية : المترتبة .

(٣) زيادة من نسخ الظاهرية .

دخول ، فقد ذكرنا حكمه في « كتاب الوصايا » وسواء دخل أم لا ، فلا ترث بالزوجية ، لأن عتقها وصية ، والوصية والإرث لايجتمعان . فلو أثبتنا الإرث ، لزم إبطال الوصية وهي العتق ، وإذا بطل بطلت الزوجية وبطل الإرث . وإن كانت الأمة دون الثلث ، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لخروجها من الثلث بعد الدين ، وهذا كله تفريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها ، وهو الصحيح . وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهاً أنه لايجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد ، أن المعتقة في مرض الموت نكاحها لايجوز لقرينها لاحتمال أن لايخرج من الثلث عند الموت .

المسألة الثانية : زوج أمته عبد غيره ، وقبض الصداق وأتلفه بانفاق وغيره ، ثم أعتقها في مرض موته ، أو أوصى بعتقها ، فأعتقت وهي ثلث ماله ، وكان ذلك قبل الدخول ، فليس لها خيار العتق ، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد ، وحينئذ لايخرج كلها من الثلث . وإذا بقي الرق في البعض ، لم يثبت الخيار ، فاثبات الخيار يؤدي إلى إسقاطه ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق . ولو خرجت من الثلث دون الصداق ، أو اتفق ذلك بعد الدخول ، فلها الخيار . ولو كانت المسألة بحالها ، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موت السيد ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت لزم رد المهر من تركة الميت وإذا كان على الميت دين ، لم ننفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح . وإذا لم ينفذ الإعتاق ، لم يثبت الخيار . وإن كان الوارث موسراً ، فقد ذكرنا في « كتاب الرهن » خلافاً في أن الوارث الموسر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين ، هل ينفذ العتق في الحال ، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء ؟ فان قلنا : ينفذ في الحال وهو الأصح ، عتقت

ولها الخيار . فان فسخت ، غرم الوارث لسيد العبد أقل الأمرين من الصداق وقيمة الأمة ، كما لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر ، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد . ولو كان على الميت دين ، فالقيمة التي يغرمها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء .

[المسألة] **الثالثة** : مات عن أخ وعبدين ، والأخ هو الوارث في الظاهر ، فأعتق الأخ العبدين ، ثم ادعت امرأة[1] أنها زوجة الميت ، وادعى ابنها أنه ابن الميت ، فشهد المعتقان لهما ، ثبتت الزوجية والنسب ، ولا يرث الابن ، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقه وبطلت شهادتهما ، وحينئذ تبطل الزوجية والنسب . وفيه وجه : أنه لايثبت أيضاً ، والصحيح الأول . ولو شهدا بنسب بنت ، نظر ، إن كان الأخ معسراً يوم الإعتاق ، لم ترث البنت ، إذ لو ورثت لرق نصيبها وبطلت الشهادة . وإن كان موسراً ، فإن عجلنا السراية بنفس الإعتاق ، ورثت لكمال العتق يوم الشهادة . وإن قلنا : لاتحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة . وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت ، فينظر إلى إعسار الأخ ويساره كما ذكرنا .

[المسألة] **الرابعة** : أوصى لرجل بابنه ، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول ، ووارثه أخوه ، وقبل الوصية ، وقد سبق بيان هذه المسألة في آخر الباب الأول من « كتاب الوصايا » .

[المسألة] **الخامسة** : اشترى في مرض الموت من يعتق عليه كابنه ، عتق من الثلث ولايرث ، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إليه بالشراء وصية للوارث ، فيبطل . وإذا امتنع العتق ، امتنع الإرث . وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً

---

(١) في الأصل : المرأة .

أنه يرث ، ووجهاً أنه لايصح الشراء ، والصحيح الأول . ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، كهبة وارث ، فهل يرث ؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال ، وقد ذكرنا ذلك في « كتاب الوصايا » وبالتوريث قال ابن سريج ، واختاره الشيخ أبو حامد .

فرع

ذكر الاستاذ أبو إسحاق الاسفراييني رحمه الله في مختصرجمعه في المسائل الدورية ، أنه لو شهد اثنان بعتق عبد ، وحكم الحاكم بشهادتها ، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجرح الشاهدين ، لم يقبل . وأنه لو أعتق عبدين في مرض موته هما ثلث ماله ، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة ، لم يقبل ولو شهدا [١] أنه نكح امرأة على مهر ، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لاتقبل شهادتها ، قال : ويحتمل أن يقبل في النكاح ولامهر ، وأنه لو أعتق عبدين له فشهدا أنه كان محجوراً عليه لسفه ، لم تقبل شهادتها . وأنه لو ادعى أنه [٢] ابن فلان وقد مات ، ووارثه في الظاهر أخوه ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، ثبت النسب ولايرث ، وهذا تفريع على أن اليمين المردودة مع النكول كالإقرار . أما إذا قلنا : إنها كالبينة ، فيرث . وإنه لو ورث عبدين يعتقان عليه ثم مات وورثاه ، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته ، لم يثبت الدين بإقرارهما .

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله ، فادعت أنه وطئها بشبهة ، أو أنه استأجرها وعليه أجرتها ، لم تسمع دعواها .

---

(١) في الأصل : شهد ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : له ، وهو خطأ .

وأنه لو ورث من زوجته عبدين وأعتقها ، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت بردّة أو طلاق ، لم تقبل شهادتها .

وأنه لو كان في يد عبده مال ، فأخذه واشترى به عبدين وأعتقها ، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك ، لم يقبل

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه ، فأعتق عبداً من التركة ، وولي العتيق القضاء ، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت ، وأقام شاهدين ، لم يقبل هذا الحاكم شهادتها ، ولم يحكم بقولها ، هكذا ذكروه ، وكان يجوز أن يقال : يحكم بشهادتها ويثبت النسب دون الإرث . كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبدين وشهدا ببنوة المدعي ، وحينئذ فلا يؤثر [١] نسبه في العتق والقضاء .

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء ، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص فقال [قتلته] [١] وهو مرتد وأقام عليه شاهدين ، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتها . ومن هذا القبيل ، لو أعتق عبدين ، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبدين وشهدا له ، لم تقبل شهادتها . وفي « التهذيب » : أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته ، كان العتق نافذاً وهل يرثه ؟ إن صححنا الإقرار للوارث ، ورث ، وإلا ، فلا .

فرع

قال الغزالي في « مجموعه » « غاية الغور في دراية الدور » : المسائل الدائرة

---

(١) في الأصل : فحينئذ لايؤثر .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

لابد فيها من قطع الدور . وفي قطعه ثلاثة مسالك : تارة يقطع من أوله ، وتارة من وسطه ، وتارة من آخره ، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع ، وضعف بعضها وقربه للدفع .

مثال القطع من أوله : بيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول بصداقها الثابت في ذمة السيد ، فإنا حكمنا بفساد البيع ، وقطعنا الدور من أصله ، لم نقل : يصح البيع ، ولاينفسخ النكاح ، أو ينفسخ ولايسقط الصداق ، وسببه أن البيع اختياري ، وحصول الانفساخ بالملك قهري ، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ ، وما يختاره الانسان من التصرفات ، يصح تارة ويفسد أخرى ، وما يثبت قهراً يبعد[١] دفعه بعد حصول[٢] سببه ، فكان البيع أولى بالدفع من غيره .

ومثال القطع من الوسط : المسألة الثانية من المسائل السابقة ، فإنا لم نقطع الدور من أوله بأن نقول : لايحصل العتق ولا من آخره ، بأن نقول : لايزيد المهر حتى لاتضيق التركة ، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا : لايثبت الخيار ، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه ، والخيار أولى بالدفع من العتق ، لأن العتق أقوى . ألا ترى أنه لايسقط بعد ثبوته ، والخيار يسقط بعد ثبوته بالاسقاط وبالتقصير .

ومثال القطع من الآخر : المسألة الأولى من الخمس ، فإنا لم نقطع الدور من الأول بأن نقول : لايحصل العتق ، ولا من الوسط بأن نقول : لايصح النكاح ، لكن قطعناه من الآخر فقلنا : ليس لها المهر . ويمكن أن يقال : سببه أن العتق له قوة السرعة والسراية ، فلا يدفع ، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه ، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة ، والمسمى مهراً لايثبت من غير

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : بعد .

(٢) في الأصل : دخول .

ثبوت النكاح . وعدّ من هذا القسم الثالث ، أما إذا قال لزوجته : إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم اشتراها ، أو جرى رضاع أو ردّة ، فلايقطع الدور من أوله بأن نقول : [لاينفسخ النكاح ، لكن يقطع من آخره ، بأن نقول] (١) ينفسخ ولايقع الطلاق ، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي .

فصل

لايجوز للعبد التسري ، لأنه لايملك ، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد : إنه لايملك ، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد ، فلو استولدها ، كان الولد ملكاً للسيد . وإن قلنا بالقديم : إنه يملك ، فقد ذكرنا في « كتاب البيع » أن المذهب أنه يتسرى بإذن السيد ، ولايتسرى بغير إذنه . لكن لو وطىء ، لم يحدّ لشبهة الملك . ولو استولدها ، فالولد ملك له ، لكن لايعتق عليه لضعف ملكه ، وتعلق حق السيد به . فإن عتق ، عتق الولد أيضاً ، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في هذا . ومن بعضه حر إذا اشترى جارية بما كسبه بحريته ملكها ، لكن لايطؤها بغير إذن السيد ، لأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه ، ولايختص بالبعض الحرّ . ومال ابن الصباغ إلى أنه لاحاجة إلى إذن السيد ، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه . فإن أذن السيد وقلنا : لابد من إذنه ، فعلى القديم : يجوز . وعلى الجديد : لايجوز ، لأن ما فيه من الملك يمنع التسري ، والمكاتب لايتسرى بغير إذن السيد ، وبإذنه قولان كتبرعاته .

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

الباب الثاني عشر
في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل .

[**المسألة**] **الأولى** : إذا ادعى زوجية امرأة ، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول ، وفيه خلاف سبق في « باب أحكام الأولياء » .

وأما المرأة ، فإن ادعت المهر في النكاح ، أو ادعت النكاح ، وطلبت حقاً من حقوقه ، سمعت دعواها . وإن ادّعت مجرد الزوجية ، فوجهان ، إن سمعت ، أقامت البينة ، فإن أنكر ، فهل إنكاره طلاق ؟ فيه وجهان . إن قلنا : طلاق اندفع ما يدّعيه ، ولامعنى لإقامة البينة ، وستأتي هذه المسألة مبسوطة في « كتاب الدعاوى » إن شاء الله تعالى .

[**المسألة**] **الثانية** : زوج إحدى بنتيه بعينها ، ثم تنازعا ، فلتنازعها حالان .
أحدهما : تقول كل واحدة : أنا المزوجة ، فمن صدقها الزوج ، ثبت نكاحها ، والأخرى تدّعي أنها زوجته وهو منكر ، فالمذهب أنه يحلف لها . وقيل : في تحليفه قولان . وينبغي أن يفصل ، فإن ادّعت زوجته وطلبت المهر ، فالوجه التحليف . وإن ادعت مجرد الزوجية ، ففيه الخلاف في المسألة الأولى . فإنا قلنا : يحلف ، فحلف ، سقطت دعواها . وإن نكل ، فحلفت ، فهل اليمين المردودة مع النكول كالبينة ؟ أم كالإقرار ؟ قولان مشهوران . إن قلنا : كالبينة ، فوجهان . أحدهما : يثبت نكاح الثانية دون الأولى ، كما لو أقامت بينة . قال الإمام : وهذا القائل يقول : ينتفي نكاح الأولى ، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج . وأصحها : استمرار نكاح الأولى ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه ، لا في

حق غيرهما . وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما . وإن قلنا : كالإقرار ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح الأولى ، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية . وعلى هذا ، فهل تستحق الثانية نصف المهر ، أم لاتستحق شيئاً ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

الحال الثاني : تقول كل واحدة : لستُ[1] بالمزوجة ، بل صاحبتي ، فيقال للزوج : عين ، فإذا عين ، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له ، فلا خصومة له معها ، والقول قول الأخرى مع يمينها . فإن لم تحلف ، حلف الزوج وثبت النكاح . وقيل : القول قول الزوج بيمينه لأن إحداهما زوجة ، وهو أعلم بمحل حقه . والصحيح الأول .

واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد ، وأنه قيدها فقال : إذا مات الأب ، وكذا قيدها الغزالي . قال الشيخ أبو علي : هذا القيد لافائدة فيه في الحالة الأولى ، لأنه لو كان حياً وعين إحداهما ، لم يقبل قوله على الزوج ، لكنه مفيد في الحالة الثانية ، لأنه إذا كان الأب حياً وهي مجبرة ، راجعناه . فإن أقر بالنكاح على إحداهما ، قبل قوله ، ولايضر الزوج إنكارها . قال الإمام : ويظهر في القياس أن لايقبل إقرارها ومعها مجبر حذراً من اختلاف الإقرارين ، وإذا قبلنا إقرارها[2] فاختلف إقرارها وإقرار الولي ، فيجوز أن يقال : الحكم للسابق ، ويجوز أن يقال : يبطلان جميعاً ، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني ، أن المقبول إقراره أم إقرارها ؟ فحصل أربعة احتمالات . ولو زوج بنته من احد ابني رجل ، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج ،

---

(١) في الأصل ليست .

(٢) في الأصل : اقرارهما.

فإن جردت دعوى النكاح ، فعلى ماسبق ، وإن ادعت المهر ، حلّفته . فإن نكل ، حلفت وأخذت نصف المهر ، وإن ادعى كل واحد منهما أنها امرأته ، فأقرت لأحدهما ، ثبت نكاحه ، وهل للآخر تحليفها ؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين .

المسألة الثالثة : شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر ، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا ، هل يغرمون له ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى . وإن قلنا : لايغرمون ، فذلك في قدر مهر المثل ، فإن زاد المسمى على مهر المثل ، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا . ولو شهدوا على رجل بطلاق ، ثم رجعوا ، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه ، أم غير ذلك ؟ فيه خلاف موضعه « باب الرجوع عن الشهادة » . وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم ، وشهد لها شاهدان ، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر ، فشهد [1] على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخران ، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخران ، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر ، ثم رجع الشهود جميعاً ، فثلاثة أوجه .

أحدها : لاغرم على أحد منهم ، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك ، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئاً في زعمه ، فإنه ينكر النكاح ، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم .

والثاني : لاغرم على شهود النكاح والإصابة ، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالاولين . فعلى هذا ، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلناه على « باب الرجوع عن الشهادة » وبهذا الوجه قال ابن الحداد ، ووافقه طائفة .

---

(١) في الأصل : فشهدا .

والثالث وهو أصحها : لاشيء على شهود الطلاق ، لأنه ينكر أصل النكاح ، فكيف يطالبهم بضمان تفويته ؟ ! بل النكاح لايثبت مع إنكاره ، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق .

وأما شهود النكاح والإصابة ، فان أرّخوا شهادتهم ، فشهد هؤلاء أنه نكحها في « المحرم » وأولئك أنه أصابها في « صفر » غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية . وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم ، فنصف الغرم على شهود النكاح ، ولاشيء على شهود الإصابة ، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زنا ، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح ، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان .

وفي « النهاية » أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده ، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر ، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة ، والصورتان متقاربتـــان ، ولايبعد التسوية بينهما في الحكم ، ولم يقل أحد بتخصيص الغرم بشهود الإصابة .

[**المسألة**] **الرابعة** : إذا زوجت برجل ، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية ، بأن قالت : هو أخي من الرضاع ، أو كنت زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو وطئني أحدهما بشبهة ، نظر ، أوقع التزويج برضاها أم لا ؟

الحالة الأولى : زوجت برضاها به بأن كانت ثيباً ، أو زوجها أخ أو عم ، أو زوجها المجبر برضاها ، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة ، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له ، فلا يقبل نقيضه . لكن إن ذكرت عذراً كغلط أو نسيان ، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه .

الحالة الثانية : زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة ، فوجهان .

أصحهما وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب : أنه يقبل قولها بيمينها ، ويحكم باندفاع النكاح من أصله ، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه ، فصار كقولها في الابتداء : هو أخي لايجوز تزويجها به .

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي ، وحكي عن اختيار ابن سريج : لايقبل قولها استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ولئلا تتخذه الفاسقات ذريعة إلى الفراق .

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضاً ، فإن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو باع الحاكم عبداً أو عقاراً على مالكه الغائب بسبب اقتضاه ، ثم جاء المالك وقال : كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته ، صدق بيمينه ، ونقض بيع القاضي ، ورد اليمين على المشتري ، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله ، ثم ادعى ذلك ، فانه لايقبل لأنه سبق منه نقيضه ، ومقتضى حكايته أنه لاخلاف في صورة بيع الحاكم ، لكن الإمام حكى فيها قولين ، ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج ، لم يلتفت إلى قوله ، لأن النكاح حق الزوجين . قال الشيخ أبو علي : ولو قال بعد تزويجه أمته : كنت أعتقتها ، حكم بعتقها ، ولا يقبل قوله في النكاح ، وكذا لو أجر العبد ثم قال : كنت أعتقته ، ويغرم للعبد أجرة مثله ، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلما ، كمن باع عبداً ثم قال : كنت غصبته لايقبل قوله في البيع ، ويغرم قيمته للمقر له . والخلاف في الحالة الثانية ، في أنها هل تصدق بيمينها ؟ وأما دعواها ، فتسمع بلا خلاف. ولو قامت بينة ، حكم بها بلا خلاف . والكلام في الحالة الأولى ، في رد الدعوى من أصلها ، وأن الاذن والرضى بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجها بشخص معين .

أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً وقلنا : لاحاجة إلى تعين الزوج ، فزوجها الولي برجل ، ثم ادعت محرمية ، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة ، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة .

ولو زوج الأخ البكر وهي ساكتة ، اكتفي بصماتها على الأصح ثم ادعت محرمية ، قال الإمام : الذي ارتضاه العراقيون ، أن دعواها مسموعة . قال : لكن لاتصدق بيمينها .

المسألة الخامسة : إذا زوج أمته ثم قـــال : كنت مجنوناً أو محجوراً عليّ وقت تزويجها ، وأنكر الزوج وقال : تزوجتها تزوجاً صحيحاً ، فإن لم يعهد السيد ما ادعاه ولابينة ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأن الظاهر صحة النكاح . وكذا لو قال : زوجتها وأنا محرم ، أو قال : لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها ، وكذا الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع : بعته وأنا محجور عليّ ، أو لم يكن ملكي ثم ملكته . وعن نصه في « الإملاء » أنه لو زوج أخته ومات الزوج ، فادعى ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها وقالت : بل زوجني بإذني ، فالقول قولها . ولك أن تقول : قد سبق ذكر وجهين فيما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع والآخر فساده ، فليجىء ذلك الخلاف في هذه الصورة .

قلت : لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة ، ولايصح مجيئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها ، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم ، بخلاف البيع فان وقوعه فاسد كثير . والله أعلم

ولو ادعت المنكوحة أنها زوجت بغير إذنها وهي معتبرة الاذن ، ففي فتاوى البغوي أنه لايقبل قولها بعدمـا دخلت عليه وأقامت معه ، كأنه جعل الدخول بمنزلة الرضى .

أما إذا عهد للسيد المزوج جنون ، أو حجر ، أو قال : زوجتها وأنا صبي ، فأيها يصدق بيمينه ؟ قولان خرجها الشيخ أبو زيد . أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره : أن المصدق الزوج ، لأن الغالب جريان العقد صحيحاً ، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه .

ولو زوج أخته برضاها ، ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ ، ففي فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، أن القول قولها بيمينها وإن أقرت يومئذ ببلوغها ، كما لو أقر بمال ثم قال : كنت صغيراً يوم الإقرار ، وهذا يمكن أن يكون تفريعاً على أحد القولين (١) ويمكن أن يفرق بأن الغالب من العقد الجاري بين مسلمين ، صحته وهذه لم تعقد .

ولو وكل الولي بتزويجها ، ثم أحرم ، وجرى العقد ، فادعى الولي جريانه في الإحرام ، وأنكر الزوج ، فنص الشافعي رحمه الله ، أن القول قول الزوج عملاً بظاهر الصحة . ولم يحك الشيخ أبو علي خلافاً في هذه الصورة . قال الإمام : وسببه أن الإحرام طرأ والأصل استناد العقد إلى الحل ، لكن الشيخ ألحق بمسألة (٢) الإحرام المنقولة عن النص ، ما إذا وكل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل ، ثم اختلف (٣) الزوجان ، فقال الزوج : عقد قبل إحرامي [أو بعده] (٤) أو بعد

---

(١) وعلى هامش الأصل مانصه : قال في « المهات » : والفتوى على الثاني .

(٢) في الأصل : مسألة .

(٣) في الأصل : أخلف .

(٤) زيادة من احدى نسخ الظاهرية .

تحللي ، وقالت : بل في حال إحرامك ، فالقول قول الزوج ، فلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحرام النكاح وعكسه . ومقتضى ماسبق في المسألة الرابعة ، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين ، لايلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج ، بل يفرض بين الزوجين .

ولو زوج أمته ، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً للطول ، وأنكر الزوج ، صدق الزوج . ولو زوج بنته ومات ، فادعت أن أباها كان مجنوناً يوم العقد ، نظر ، هل كان التزويج برضاها أم بغيره ؟ وحكمه ماسبق في المسألة الرابعة .

فرع

ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به ، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به ، قال ابن الحداد : يعمل ببينة الرجل ، لأن حقه في النكاح أقوى منها ، فإن المتصرف إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلق ، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره ، هذا قول ابن الحداد ، وبه قال الجمهور . وقال الشيخ أبو علي : يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته ، فإن أنكر فلا نكاح له ، فيعمل ببينة الرجل . وإن سكت ، فهما بينتان تعارضتا ، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر ، أو حقاً من حقوق النكاح ، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف . فإن سمعت وأنكر الزوج ، ففي إقامة البينة أيضاً خلاف . فإذا ادعت الزوجية [1] المجردة ، فإنما تقيم [هي] [2] البينة تفريعاً على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره .

---

(١) في الأصل : الزوجة .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحته مسلمة وذمية لم يدخل بهما ، فقال للمسلمة : ارتددت ، وقال للذمية : أسلمت ، فأنكرتا ، ارتفع نـكاحهما لزعمه . وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منثورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، تتعلق بأبواب النـكاح قدّمتها أنا فوضعتها في مواضعها اللائقة بها ، وبالله التوفيق .



كتاب الصَّداق

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء ، وله أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والأجر ، والعقر ، والعليقة . ويقال : أصدقها ، ومهرها . ويقال في لغة قليلة : أمهرها . قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح ، بخلاف المبيع والثمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه ، وهو قائم بالزوجين ، فهما الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر ، لكن المستحب تسميته ، لأنه أقطع (١) للنزاع ، ثم ليس للصداق حد مقدّر (٢) ، بل كل ما جاز أن يكون ثمناً أو مثمنا أو أجرة ، جاز جعله صداقاً . فإن انتهى في القلة إلى حد لايتمول ، فسدت التسمية . ويستحب أن لاينقص عن عشرة دراهم ، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأن لايغالي في الصداق ، والمستحب أن لايزاد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم .

فصل

يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب

[**الباب**] **الأول** : في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة .

---

(١) في الأصل : لا أقطع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : مقدور ، وهو خطأ .

[الحكم] الأول : في أن الصداق في يد الزوج ، كيف يضمن ؟ فاذا أصدقها عينا ، فهي مضمونة عليه إلى [١] أن يسلمها . وفي كيفية ضمانه قولان .

أظهرهما وهو الجديد : ضمان العقد كالمبيع في يد البائع .

والقديم : ضمان اليد كالمستعار والمستام ، ويتفرع على القولين مسائل .

[المسألة] الأولى : إذا باعت الصداق قبل قبضه ، إن قلنا : ضمان يد ، جاز وإلا ، فلا . ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه ، جاز إن قلنا : ضمان يد ، وإلا فقولان كالثمن . أظهرهما : الجواز ، كذا ذكره الامام وغيره . وفي « التتمة » : لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة ، لم يجز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه .

[المسألة] الثانية : تلف الصداق المعين في يده ، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف ، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل . وإن قلنا : ضمان اليد ، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً ، فعليها تجهيزه . ولا ينفسخ الصداق على هذا القول ، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً . ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل ، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل . فاذا أوجبنا القيمة ، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت ، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً ؟ أم يوم الصداق ؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول . ولو طالبته بالتسليم فامتنع ، تعين الوجه الأول على المذهب . وقيل : يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف ، لأنه يصير متعدياً . ولو طالبها

---

(١) في نسخة : إلا .

الزوج بالقبض فامتنعت ، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان ، نقلهما أبو الفرج السرخسي ، الصحيح الضمان ، كما أن البائع لايخرج عن عهدة المبيع بهذا القدر . هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه . أما لو أُتلف ، فينظر ، إن أتلفته الزوجة ، صارت قابضة وبرىء الزوج ، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع ، لم يصر قابضاً بل يغرم القيمة للبائع ، ويسترد الثمن . فعلى قياسه ، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل . وإن أتلفه أجنبي ، فان قلنا : إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية ، فالحكم ماسبق ، وإن قلنا : يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب ، فالمرأة الخيار ، إن شاءت فسخت الصداق ، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد ، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف . وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة ، ولها أن تطالب الزوج بالغرم ، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد . وإن قلنا بضمان العقد ، فليس لها مطالبة الزوج ، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما ، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد ، ثم فرعوا عليها . وكان يجوز أن يقال : إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد . فأما على ضمان اليد ، فلاخيار ، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة ، كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير . وإن أتلفه الزوج ، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة السماوية ، أو كإتلاف الأجنبي ؟ والمذهب الاول . وقد بينا حكم الصداق على التقديرين .

[المسألة] **الثالثة** : حدث في الصداق نقص في يد الزوج ، فهو نقص جزءٍ أو صفة ، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبدين ، فتلف أحدهما في يده ، فينفسخ عقد الصداق فيه ، ولاينفسخ في الباقي على المذهب ، لكن لها الخيار . فان فسخت ، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وعلى

ضمان اليد تأخذ قيمة العبدين . وإن أجازت في الباقي ، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد ، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد . وإن تلف [١] أحد العبدين بإتلاف ، نظر ، إن أتلفته المرأة ، جعلت قابضة لقسطه من الصداق . وإن أتلفه أجنبي ، فلها [٢] الخيار . فإن فسخت أخذت الباقي ، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، وقيمته إن قلنا بضمان اليد . وإن أجازت ، أخذت من الأجنبي الضمان . وإن أتلفه الزوج ، فهو كالتلف بآفة على المذهب . وأما نقص الصفة ، فهو العيب ، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما ، وللمرأة الخيار . وفي « الوسيط » أن أبا حفص بن الوكيل قال : لاخيار على قول ضمان العقد ، والمذهب الأول . فإن فسخت الصداق ، أخذت من الزوج مهر المثل على الاظهر ، وبدل الصداق في القول الآخر . وإن أجازت ، فعلى الاظهر : لاشيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص . وإن اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيار ، [فان] [٣] فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة . وإن أجازت وقلنا بضمان اليد ، فلها الارش على المذهب ، وفيه تردد للقاضي حسين ، لانها رضيت بالعين . وإن حصل التعييب [٤] بجناية ، نظر ، إن حصل بفعل الزوجة ، جعلت قابضة لقدر النقص ، وتأخذ الباقي ولاخيار . وإن هلك بعد التعييب في يد الزوج ، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الأظهر ، وقيمة الباقي على القول الثاني . وإن

---

(١) في الأصل : أتلف .

(٢) في الأصل : فلها .

(٣) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٤) في الأصل : التعيين ، وهو خطأ .

حصل التعييب بفعل أجنبي ، فلها الخيار ، فان فسخت ، أخذت مهر المثل على الاظهر وقيمته سليماً في الثاني ، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني . وإن أجازت ، غرمت للجاني . وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد . وإن قلنا بضمان اليد ، فلها مطالبته ، فينظر إن لم يكن للجناية[1] أرش مقدر ، أو كان أرش النقص أكثر ، رجعت على من شاءت منها ، والقرار على الجاني . وإن كان المقدر أقل ، طالبت بالمقدر من شاءت منها ، والقرار على الجاني ، وأخذت قيمة الارش من الزوج . وإن حصل التعييب بجناية الزوج ، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كآفة أو كجناية أجنبي ؟ إن قلنا بالاول ، وقلنا بضمان اليد ، فعليه ضمان ما نقص . فان كان للجنايه أرش مقدر ، كقطع اليد ، فعليه أكثر الامرين من نصف القيمة وأرش النقص .

فرعان

الأول : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء ، فالحاصل نقصان صفة . وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره ، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم [نقصان][2] جزءٍ كأحد العبدين ؟ وجهان . أصحها : الثاني . وقد سبقا في البيع .

الثاني : أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة ، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعـد في يده ، والصقر : هو السائل من الرطب من غير أن يعرض

---

(١) في الأصل : لجنابة ، وهو خطأ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

على النار . فإما أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل ، بأن أصدقها نخلة مطلعة ، وإما أن لاتكون .

الحالة الأولى : إذا كانت صداقاً ، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص لابتقدير النزع من القارورة ، ولابتقدير الترك فيها ، فتأخذهما المرأة ولاخيار لها ، بل الزوج كفاها مؤنة الجداد . وإن حدث فيهما أو في أحدهما نقص ، فهو إما نقص عين ، وإما نقص صفة . أما نقص العين ، فمثل أن صب عليها مكيلتين من من الصقر فشرب الرطب مكيلة ، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب ، ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد ، انفسخ الصداق في قدر ماذهب من الصقر إن قلنا : جناية كالآفة وهو المذهب ، ولا ينفسخ في الباقي ، ولها الخيار . إن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب من الصقر من مهر المثل . وإن قلنا : جناية كجناية الأجنبي ، لم ينفسخ الصداق في شيء ، ولها الخيار ، إن فسخت ، فلها مهر المثل ، وإن أجازت ، أخذت النخل والرطب ، ومثل ما ذهب من الصقر . وإن قلنا بضمان اليد ، تخيرت أيضاً فإن فسخت ، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور في « كتاب الغصب » أنه مثلي أو متقوّم . وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة ، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . وإن أجازت ، فلها ما بقي ومثل الذاهب من الصقر . وأما نقصان الصفة ، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما ، أو قيمة الرطب ، فإن كان النقصان حاصلاً ، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل ، وعلى ضمان اليد لها بدل النخل والرطب والصقر . وإن أجازت ، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا جنايته كالآفة ، أخذتها بلا أرش . وإن جعلناها كجناية الأجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القاروة . ولو

ترك لايتعيب ، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة ، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاءً للعقد ، ويسقط خيارها . وقيل : لاتجبر على القبول ، والصحيح الأول . وهل يملك القارورة حتى لايتمكن الزوج من الرجوع ؟ وإذا نزعت ما فيها لم يجب [١] رد القارورة ، أم لاتملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزعت ما فيها ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة . وإن كان الرطب لايتعيب بالنزع ، ويتعيب بالترك ، فلها مطالبته بالنزع ، ولا خيار . ولو تبرع هو بالقارورة ، لم تجبر هي على القبول ، لأنه لاضرورة إليه .

الحالة الثانية : أن لاتكون الثمار صداقاً بأن حدثت بعد الإصداق في يد الزوج . فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة ، فالكل لها . وإن حدث نقص فيها أو في أحدهما ، فلا خيار لها ، لأن [٢] ما حدث فيه النقص ليس بصداق ، ولها الأرش . وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط . وإن كان النقص بحيث لايقف ويزداد إلى الفساد ، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص ، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع ؟ فيه خلاف سبق في « الغصب » ، فيما إذا بل الحنطة فعفنت . وفي « العدة » أنها على القول الاول ، تأخذ أرش النقص في الحال ، وكلما ازداد النقص ، طالبت بالارش . ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة ، ولايتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول ، لانه لاحاجة إليه في إمضاء العقد هنا ، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة ، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق ، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده ، إن نقص ، فلها

---

(١) في الأصل : لا يجب .

(٢) في الأصل : لأنها ، وهو خطأ .

الخيار . وإن لم ينقص بالنزع ، فلاخيار ، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر ، ولاشيء لمـــا تشربه الرطب . وإن كان ينقص بالنزع ، فلها الخيار . فان تبرع الزوج بالصقر والقارورة ، سقط الخيار ولزم القبول على الصحيـح ، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة .

فرع

إذا زاد الصداق في يد الزوج ، إن كان زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم الصنعة ، فهي تابعة للأصل . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن قلنا بضمان اليد ، فهي للمرأة ، وإلا ، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والصحيح أنها للمشتري في البيـع [٢] وللمرأة هنا . فان قلنا : للمرأة فهلكت في يده ، أو زالت المتصلة بعد حصولها ، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : يضمن ضمان المغصوب ، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع . وفي « التهذيب » وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين ، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الاصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الاصل بعيب ، أما إذا استمر العقد وقبضت الاصل ، فالزوائد لها قطعاً .

المسألة الرابعة : المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد ، وإن طالبته بالتسليم فامتنع . أما إذا قلنا بضمان اليـــد ، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع . وأما المنـافع التي استوفاها بركوب أو لبس ، أو

---

(١) في الأصل : لاشيء له ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : المبيـع .

استخدام ونحوها ، فلايضمنها على قول ضمان العقد ، إن قلنا : جناية البائع كآفة . وإن قلنا : هي كجناية أجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، ضمنها بأجرة المثل .

فرع

قال الاصحاب : القولان في ضمان العقد واليد ، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية ، أم عوض كالعوض في البيع ؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض ؟ ودليل النحلة قول الله تعالى : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) [النساء : ٢] ، ولان النكاح لايفسد بفساده ، ولاينفسخ برده . ودليل العوض ، أن قوله : زوجتك بكذا ، كقوله : بعتك بكذا ، أو لانها تتمكن من الرد بالعيب ، ولانها تحبس نفسها لاستيفائه [و][1] لانه تثبت الشفعة فيه ، وهذا أصح . وأجابوا عن الآية بجوابين . أحدهما : أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة : الدين ، يقال : فلان ينتحل كذا ، فالمعنى : آتوهن صدقاتهن تديناً . والثاني : يجوز أن يكون المعنى : عطية من عند الله تعالى لهن . وإنما لايفسد النكاح بفساده ، لانه ليس ركنا في النكاح ، مع أنه حكي قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق .

فصل

إذا فسد الصداق بأن[2] أصدقها حراً ، فقولان . أظهرهما : يجب مهر

---

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٢) في الأصل : أو بأن ، وهو خطأ .

المثل . والثاني : قيمته بتقدير الرق ، وينسب هذا إلى القديم . قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : قولان فيما إذا قال : أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته ، أو جاهل . أما لو قال : أصدقتك هذا الحر ، فالعبارة فاسدة ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى المتولي طريقة أخرى ، أنه لافرق بين اللفظين في جريان القولين . ولو قال : أصدقتك هذا واقتصر عليه ، فلا خلل في العبارة ، ففيه القولان . ولو ذكر خمراً أو خنزيراً أو ميتة ، فقيل : يجب مهر المثل قطعاً . وقيل : على القولين . فعلى هذا يعود النظر في عبارته، إن قال : أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير ، فالعبارة فاسدة . وإن قال : هذا العصير أو النعجة ، فهو موضع القولين ، وعلى هذا على قول الرجوع [1] إلى بدل الصداق ، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله ، وقد حكينا في نكاح المشرك ، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلًا ، ولم يذكروا هناك تقدير العصير ، والوجه التسوية بينهما . وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة ، فلايبعد مجيئه هنا ، بل ينبغي أن يرجع كما سبق في نكاح المشرك تفريق الصفقة ، والخنزير يقدر بقرة ، كذا قاله الامام والبغوي . وقد سبق مثله في « كتاب نكاح المشرك »[2] وقال الغزالي : يقدر شاة ، والميتة تقدر مذكاة ، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة . هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الاظهر القوة ، وهو وجوب مهر المثل .

---

(١) في الأصل : والرجوع ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل : في كتاب المشرك .

الحكم الثاني : تسليم الصداق . فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره ، وطلب تسليم نفسها ، فلها الامتناع [حتى يسلم جميع الصداق إن كان عيناً أو ديناً حالاً ، وإن كان مؤجلاً ، فليس لها الامتناع ، فان حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع](١) أيضاً على الأصح ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والبغوي ، والمتولي ، وأكثر الأصحاب . وقيل : لها ، وبه قال القاضي أبو الطيب ، واختاره الحناطي والروياني ، لأنها تستحق الآن المطالبة . ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة ، فلوليها حبسها حتى تقبض الصداق الحال . فلو رأى المصلحة في التسليم ، فله ذلك . ولو اختلف الزوجان ، فقال : لا أسلم الصداق حتى تسلمي نفسك ، وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يجبران ، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها . والثاني : لايجبر واحد منهما ، بل إن بادر أحدهما فسلم ، أُجبر الآخر . والثالث : يجبر الزوج أولاً ، فاذا سلم ، سلمت . وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث . ومن أثبته قال : موضعه ما إذا كانت متهيئة للاستمتاع . أما إذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض ، فلايلزم تسليم الصداق . وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع ، فهل يلزمه التسليم ؟ قولان . ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها ، هل عليه تسليم المهر ؟ قولان كالنفقة . أظهرهما : المنع . وقيل بالمنع قطعاً ، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود ، والمهر للاستمتاع وهو متعذر . وقيل بالايجاب قطعاً ، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال ، والنفقة للتمكين وهو مفقود . ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً ، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة . وإذا قلنا : يبدأ بالزوج أو

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

يجبران ، فقالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، لزمه النفقة من حينئذ . وإن قلنا : لايجبر واحد منهما ، فلانفقة لها حتى تمكن .

فرع

إذا بادرت فمكنت ، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها ، ثم إن لم يجر وطء ، فلهـــا العود إلى الامتنـاع ، ويكون الحكم كما قبل التمكين . وإن وطىء ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح ، كما لو تبرع البائع فســـلم المبيع قبل قبض الثمن ، فليس له أخذه وحبسه . ولو وطئها مكرهة ، فلها الامتنـاع بعده على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول ، فلو بلغت أو أفاقت قبله ، فلها الامتناع قطعاً . ولو بادر الزوج فسلم الصداق ، لزمها التمكين إذا طلبها . وكذا لو كان الصداق مؤجلاً ، فإن امتنعت بلا عذر ، فله الاسترداد وإن قلنا : يجبر أولاً ، لأن الاجبار بشرط التمكين . وإن قلنا : لايجبر ، فليس له الاسترداد على الأصـح ، لأنه تبرع بالمبـادرة كمعجل الدين المؤجل . وقيل : له ذلك لعدم حصول الغرض . وقـــال القاضي حسين : إن كانت معذورة حين سلم ، فزال العذر وامتنعت ، استرد ، لأنه سلم راجياً التمكين ، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرا فيما لو سلم مهر صغيرة لاتصلح للجماع عالماً بحالها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر : إنـــه لايجب تسليم مهرها ، هل له الاسترداد ؟

فرع

إذا استمهلت بعد تسليم الصداق ، أمهلت لتتهيأ بالتنظيف والاستحداد ، وإزالة

الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم ويومين ، وغاية المهلة ثلاثة . وظـاهر كلام الغزالي في « الوسيط » ، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ماتتهيأ ، أم تقدر بثلاثة أيام ؟ والمذهب خـلافه . ثم المفهوم من كلام الأكثرين ، أنه يجب الامهال إذا استمهلت في العدة ، أنه ليس بواجب . وعن نصه في « الاملاء » قول : إنه لا إمهال أصلاً . والمذهب الاول ، ولا تمهل لتهيئة الجهاز ، ولا لانتظار السمن ونحوهما ، ولا بسبب الحيض والنفاس ، بل تسلم لسائر الاستمتاعات كالرتقاء والقرناء . وإن كانت صغيرة لاتحتمل الجماع ، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه ، أمهلت إلى زوال المانع . ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة ، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة . ولو قال الزوج : سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول مابها ، قال البغوي : يجاب في المريضة دون الصغيرة ، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي « الوسيط » أنه لايجاب في الصورتين ، لانه ربما وطىء فتتضرران ، بخلاف الحائض ، فإنها لاتتضرر لو وطىء .

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة ، لانه نكح للاستمتاع لا للحضانة . وفي المريضة وجهان . قال في « الشامل » : الأقيس أنه ليس له الامتناع ، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت .

وإذا تسلم المريضة ، فعليه النفقة لا كالصغيرة ، لان المرض عارض متوقـع الزوال . ولو كانت المرأة نحيفة بالجبلـّة ، فليس لها الامتناع بهذا العذر ، لانه غير متوقع الزوال كالرتقاء . ثم إن خافت الافضاء لو وطئت لعبالة الزوج ، فليس عليها التمكين من الوطء . قال الائمة : وليس له الفسخ ، بخلاف الرتق ، لانه يمنع الوطء مطلقاً ، والنحافة لاتمنع وطء نحيف مثلها ، وليس ذلك بعيب أيضـاً .

ولو وطىء زوجته فأفضاها ، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد

لم يخدشها ، هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فإن اختلفا في حصول البرء ، فأنكرته ، قال الشافعي رحمه الله : القول قولها . قال المتولي : المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال ، لانه لايعرف إلا منها . أما إذا ادعت بقاء الجرح ، وأنكرت أصل الاندمال ، فتعرض على أربع نسوة ثقات ، ويعمل بقولهن . ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمض من الزمان مايغلب فيه البرء ، فإن مضى راجعنا النسوة . ومنهم من أطلق القول بمراجعتهن عند الاختلاف . وعلى هذا ، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات .

فرع

مسائل عن مجرد الحناطي

اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لاتحتمل الجماع ، وقال الآخر . تحتمله . فهل القول قول منكر الاحتمال ، أم تعرض على أربع نسوة ، أو رجلين من المحارم ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها وقال : لا بل ماتت ، فالقول قول الزوج . ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة ، وجرى العقد ببغداد ، فالاعتبار بموضع العقد ، فتسلم نفسها ببغداد ، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد . ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل ، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج .

الحكم الثالث : التقرير ، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض ، يستقر بطريقين .

أحدهما : الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الاحرام ، لان وطء الشبهة يوجب المهر ابتداء ، فذا أولى بالتقرير ، ويستقر بوطأة واحدة .

الطريق الثاني : موت أحد الزوجين ، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر ، فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة ، فإنه يسقط مهرها على المذهب . ومنهم من ألحق بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر .

فصل

الخلوة لاتقرر المهر ، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الاظهر . وعلى هذا ، لو اتفقا على الخلوة وادعت الاصابة ، لم يترجح جانبها ، بل القول قوله بيمينه . وفي القديم ، الخلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان . أحدهما : أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الاصابة ، ولا يتقرر المهر بمجردها ، سواء طال زمنها أم قصر . وأظهرهما : أنها كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وعلى هذا ، تثبت الرجعة على الاصح . وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة أن لايكون مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم ؟ فيه وجهان . ويشترط أن لايكون مانع حسي ، كرتق أو قرن فيها ، أو جب أو عنة فيه قطعاً . وإذا قلنا : مجرد الخلوة لاتقرر ، ففي الوطء فيما [1] دون الفرج وجهان ، كثبوت المصاهرة .

---

(١) في الأصل : وفيها ، وهو خطأ .

الباب الثاني
في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب .

[السبب] **الأول** : أن لايكون المذكور مالاً ، بأن سميا خمراً ، وقد اندرج هذا في الحكم الاول من الباب الاول . ولو أصدقها شيئاً فخرج مغصوباً ، فهل يجب مهر المثل ، أم قيمة المغصوب ؟ قولان . أظهرهما الاول . ولو أصدقها عبدين ، فخرج أحدهما حراً أو مغصوباً ، بطل الصداق فيه . وفي آخر ، قولا تفريق الصفقة . فإن أبطلنا فيه أيضاً ، فهل لها مهر المثل أم قيمتها ؟ فيه القولان وإن صححنا ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى القولين ، وإن أجازت ، فقولان . أحدهما : تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره ، وأظهرهما : تأخذ معه حصة المغصوب من مهر المثل إذا وزّعناه على القيمتين على الاظهر ، وعلى الثاني : تأخذ قيمته .

فرع

أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف ، فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً . وإن وصف العبد والثوب ، وجب المسمى ، وحيث جرت تسمية فاسدة ، وجب مهر المثل بالغاً مابلغ .

السبب الثاني : الشرط في النكاح ، إن لم يتعلق به غرض ، فهو لغو كما سبق في البيع ، وإن تعلق به لكن لايخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها ، أو يتسرى ، أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا تخرج إلا بإذنه ، فهذا لايؤثر في النكاح ولا في الصداق .

وإن شرط مايخالف مقتضاه ، فهو ضربان .

أحدهما : ما لا يخل بالمقصود الاصلي من النكاح ، فيفسد الشرط ، سواء كان لها ، بأن شرط أن لايتزوج عليها أو لايتسرى ، أو لايطلقها ، أو لايسافر بها ، أو أن[1] تخرج متى شاءت ، أو يطلق ضرتها .

أو كان عليها ، بأن شرط أن لايقسم لها ، أو يجمع بين ضراتها وبينها في مسكن ، أو لاينفق عليها . ثم فساد الشرط لايفسد النكاح على المشهور . وفي وجه أو قول حكاه الحناطي : يبطل النكاح . وأما الصداق ، فيفسد ، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، هذا هو المذهب . وعن ابن خيران : إن زاد والشرط لها ، فالواجب المسمى ، وكذا إن نقص والشرط عليها ، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرجاً . وحكى الحناطي وجهاً : أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . ووجهاً : أن الشرط لايؤثر في الصداق ، كما لايؤثر في النكاح .

الضرب الثاني : مايخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها ، أو لايطأها ، وقد سبق الكلام في الصورتين في فصل التحليل . فإن صححنا النكاح ، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فرع

نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلى ألفين إن أخرجها ، وجب مهر المثل ، وذكر الحناطي أنه لو نكحها على أن لايرثها أولا ترثه ، أو لايتوارثا ،

---

(١) في الأصل : وأن .

أو على أن النفقة على غير الزوج ، بطل النكاح . وفي قول : يصح ويبطل الشرط ، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لاأولاد[1] بين السيدين ، صح النكاح وبطل الشرط ، نص عليه في « الاملاء » . وفي قول : يبطل النكاح .

فصل

شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح . ولو شرط الخيار في الصداق ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويجب المسمى ، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث . وإذا صححنا الصداق ، ثبت الخيار على الأصح كما حكي عن نصه ، أنه لو أصدقها عينا غائبة ، صح ولها خيار الرؤية . فعلى هذا ، إن أجازت فذاك ، وإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل . وإذا أثبتنا خيار الشرط ، ففي خيار المجلس وجهان نقلها الشيخ أبو الفرج .

فصل

نقل المزني في « المختصر » أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً ، فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباها ألفاً ، كان الصداق جائزاً . وللأصحاب طرق . المذهب منها فساد الصداق في الصورتين ، ووجوب مهر المثل فيهما . وعلى هذا ، منهم من غلّط المزني في نقله في الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله .

والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين .

والثالث : طرد قولين فيهما . ونسب العراقيون الصحة إلى القديم . وقيل :

---

(١) في الأصل : بشرط أن الأولاد .

إن شرط الزوج ، فسد ، وإن شرطت ، فلا ، حكاه البغوي ، وإذا صححنا ، فالمهر في الصورتين ألفان .

السبب الثالث : تفريق الصفقة . فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مائة أو ألفان ، وصورته أن يقول للولي : زوجني بنتك وملكني كذا من مالها بولاية أو وكالة بهذا العبد ، فيجيبه [إليه] [١] أو يقول الولي : زوجتك بنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد ، فيقبل الزوج ، فهذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة ، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع . وفي صحة البيع والصداق قولان . أظهرهما : الصحة . ويصح النكاح قطعاً إلا على القول [٢] الشاذ السابق أن النكاح يفسد بفساد الصداق . فإذا أبطلنا البيع والصداق ، فلها مهر المثل . وإذا صححناهما ، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن . فإذا كان مهر مثلها ألفاً والثمن ألفاً ، والعبد يساوي ألفين ، فنصفه مبيع ونصفه صداق . فإن طلقها قبل الدخول ، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد . وإن فسخ النكاح بعيب ونحوه ، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد . ولو تلف العبد قبل القبض ، استردت الالف ، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الاظهر ، ونصف قيمة العبد على الثاني .

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيباً ورده ، استرد المبيع وهو نصف العبد ، ويبقى لها النصف الآخر . ولو وجدت العبد معيباً فردته ، استردت الثمن ، وترجع في الصداق إلى مهر المثل على الاظهر ، ونصف القيمة على الثاني . ولو أرادت أن

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : قول .

ترد أحد النصفين وحده ، جاز على الاصح لتعدد العقد . والثاني : المنع لتضرر التبعيض . ولو قال : زوجتك بنتي أو جاريتي ، وبعتك عبدها أو عبدي بكذا ، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة . فإن صححناهما ، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد ، فما خص مهر المثل فهو صداق . وإذا وجد الزوج بالعبد عيباً ، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل ، لان المسمى صحيح . وإن رد العبد بعيب ، أو فسخ[1] النكاح قبل الدخول بعيب ، رجع إليه جميع العوض المذكور .

وإن خرج العوض المعين مستحقاً ، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الاظهر . وعلى الثاني : إلى حصة الصداق منه .

فرع

لبنته مائة درهم ، فقال لرجل[2] : زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك ، فالبيع والصداق باطلان ، نص عليه في « الام » لانه ربا ، فانه مسألة مد عجوة . فلو كان من أحد الطرفين دنانير ، كان جمعاً بين صداق وصرف ، وفيه القولان .

فصل

جمع نسوة في عقد بصداق واحد ، وهذا يتصور عند اتحاد الولي ، بأن يكون

---

(١) في الأصل : وفسخ .

(٢) في الأصل : فقال الرجل .

له بنات بنين ، أو إخوة ، أو أعمام ، أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولي ، بأن وكل أولياء نسوة رجلا ، فالنكاح صحيح . وفي الصداق طريقان . أحدهما : القطع بفساده . وأصحها : على قولين . أظهرهما : فساده . ويجري الطريقان فيما لو خالع نسوة على عوض واحد ، هل يفسد العوض ؟ وأما البينونة ، فتحصل قطعاً .

ونص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو اشترى عبيداً لملاك صفقة من المالكين ، أو وكيلهم ، بطل البيع . ولو كانت عبيداً بعوض واحد ، صحت الكتابة . واختلفوا في البيع والكتابة ، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان ، على أربع طرق . أحدها : طرد القولين فيهما . والثاني : يفسد البيع . وفي الكتابة قولان . والثالث : تصح الكتابة . وفي البيع قولان . والرابع : تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت .

قلت : في البيع طريقان . أصحها : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد ، وبه قال الاصطخري . وفي الكتابة ، طريقان . أصحها : قولان . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى ، وزع المسمى على نسبة مهور أمثالهن على المذهب . وفي وجه أو قول ضعيف : يوزع المسمى على عدد رؤوسهن . وإذا قلنا بفساد الصداق ، ففيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمرا . أظهرهما : يجب لكل واحدة منهن مهر مثلها . والثاني : يوزع المسمى على مهور أمثالهن ، ولكل واحدة مايقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالمسمى إذا قلنا بصحته . ولو زوج أمتيه بعبد على صداق واحد ، صح الصداق ، لأن المستحق واحد كبيع عبدين بثمن . ولو كان له أربع بنات ، ولآخر أربع بنين ، فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال : زوجت بنتي فلانة ابنك فلانا ،

وفلانة فلاناً بألف ، ففيه طريقان حكاهما المتولي . أحدهما : في صحة الصـــداق القولان . والثاني : القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين .

السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .

نقدّمُ عليـه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون ، فإما أن يصدق من مال الابن ، وإما من مال نفسه . فان أصدق من مال الابن ، فالكلام في أنه [هل] (١) يصير ضامناً للصداق إذا كان ديناً ؟ وهل يرجـع إذا غرم على ماسبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء ؟ فان تطوع وأدّاه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول ، فهل يرجـع النصف إلى الأب أم إلى الابن ؟ فيـه طريقان . أحدهما وبه قال الداركي : إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول ، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منـــه ، أم إلى الأجنبي المتبرع ؟ والطريق الثـاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : أنه يعود إلى الابن ، وفرقوا بينه وبين الاجنبي ، بأن الأب يتمكن من تمليك الابن فيكون موجباً قابلًا قابضاً مقبضاً ، فاذا حصل الملك ، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق ، والاجنبي بخلافه . فان كان الابن بالغاً ، وأدى الأب عنه ، فـكالأجنبي .

والاصح في صورة الاجنبي ، عود النصف إلى الاجنبي ، قاله الإمام . فإذا قلنا : يعود إلى الابن الذي طلق ، فان كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته ، فلا رجوع للأب ، وإن كان عين المأخوذ ، فقيل : لارجوع قطعاً . وقيل : على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد ، والمذهب المنع . فان كان الابن بالغاً ، فقيل : كالصغير . وقيل بالمنع قطعاً ، لأنه [ليس] (٢) للأب تمليكه ،

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

فالأداء عنه محض إسقاط . أما إذا أصدقها الاب من مال نفسه ، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن . قال البغوي : سواء كان عيناً أو ديناً . ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول ، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف . فان قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن ، فان كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فرجع النصف إليه ، فهل للأب الرجوع ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد . وإن أصدقها ديناً ، قال البغوي : فلا رجوع فيما حصل ، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم أدّاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيباً فرده ، يسترد الثمن ولا يرجع الاب فيه ، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً يعود الثمن إلى الاب ، لانه بان أنه لم يصح الاداء . ولو ارتدت المرأة قبل الدخول ، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الاب فيه إذا عاد إلى الابن ، كالقول في النصف عند الطلاق .

إذا عرفت هذه المقدمة ، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه ، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح ، وإما بغير هذا التوسط . مثال القسم الاول ، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل ، لايصح الصداق ، لانه لو صح لملكت زوجها وانفسخ النكاح ، وارتفع الصداق ، ولايصح أيضاً النكاح لانه قارنه مايضاده ، وفي صحته احتمال لبعض الائمة .

قلت : هذا الاحتمال ، ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لاصائر إليه من الاصحاب ، وقد جزم به صاحب « الشامل » ذكره في آخر « باب الشغار » ، ولكن الذي عليه الجمهور ، الجزم ببطلان النكاح . **والله أعلم**

ولو أذن له في نكاح أمة ، ويجعل رقبته صداقها ، ففعل ، صح النكاح والصداق ، لان المهر للسيد لا لها . فلو طلقها قبل الدخول ، بني على ما إذا باع السيد عبده

بعد ما نكح باذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول ، إلى من يعود النصف ؟ وفيه أوجه . أصحها : إلى المشتري ، سواء أداه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد ، قبل البيع أو بعده ، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق ، والطلاق في ملك المشتري ، فأشبه سائر[1] الاكساب . والثاني : يعود إلى البائع بكل حال . والثالث : إن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع ، عاد إلى البائع ، وإن أدى من كسبه بعد البيع ، عاد إلى المشتري ، ولو فسخ أحدهما النكاح بعيب ، أو ارتدت ، أو عتقت وفسخت ، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود ؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول ، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة ، فحيث نقول بالعود إلى البائع ، يعود هنا إلى المعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، يكون هنا للعتيق . فان قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري ، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها لمالك الأمة . وإن قلنا بالعود إلى البائع ، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق ولو ارتدت أو فسخت بعيب ، عاد الكل إليه . ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول ، أو فسخت أو ارتدت ، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميعها في الفسخ [و][2] الردة ، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح ، ولسيده الاول على الوجه الآخر . ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا : يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها ، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح ، فالعبد يبقى لمالك الأمة على الاصح . وعلى الوجه الآخر : يعود إلى سيده الاول . ولو ارتضع الصغير بنفسه ، فهو كالطلاق قبل

---

(١) في الأصل : كسائر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

الدخول . ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول ، أو حصلت ردة ، أو فسخت ، فعلى الوجه المقابل للأصح : يجب عليه لسيد العبد الاول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميع قيمته في سائر الصور . وأما على الوجه الاصح ، فقد أطلق في « التهذيب » أنه لاشيء عليه . وقال الشيخ أبو علي : يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجميعها ، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ ، وهذا هو الصواب ، وليتأول ما في « التهذيب » على أنه لاشيء عليه للسيد الاول . ولو باع الأمة ثم طلق ، أو فسخت ، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه ، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الأول .

مثال القسم الثاني : كانت أم ابنه الصغير في ملكه ، بأن استولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها هي وولدها ، فيعتق عليه الولد دونها . فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة ، لم يصح الصداق ، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه ، لعتقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة ، فيصح النكاح ويفسد الصداق ، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها ؟ هذا ماذكره الأصحاب . وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير ، ثم بلغ وطلق قبل الدخول ، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن . فمن قال : إلى الأب ، فقد ينازع في قولهم : لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن .

السبب الخامس : تفريط الولي في قدر المهر . فـإذا قبل لابنه الصغير أو

المجنون نكاحاً[1] بمهر المثل أو دونه ، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه ، صح . وإن قبله بأكثر من مهر المثل ، فالصداق فاسد . وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر ، أو الصغيرة[2] أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل ، فسد الصداق . وفي النكاح في المسألتين قولان . أظهرهما : صحته كسائر الأسباب المفسدة ، ويجب مهر المثل . وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل . والقول الثاني : لايصح النكاح ، لأنه ترك مصلحة المولى عليه ، فصار كترك الكفاءة . ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه ، ففيه احتمالان للإمام .أحدهما : يفسد المسمى ، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ، ثم يكون متبرعاً بالزيادة . والثاني : يصح وتستحق المرأة المسمى ، لأنه لاضرر على الابن ، بل إذا لم نصححه أضررنا به ، فإنه يلزم مهر المثل في ماله ، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي ، ورجح المتولي والسرخسي في « الأمالي » الاحتمال الأول ، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه ، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لايجوز .

فصل

إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك ، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع : المهر مهرُ السرّ ، وفي موضع : العلانية . وللأصحاب طريقان . أحدهما : إثبات قولين . وفي موضعها وجهان . أحدهما : موضعها إذا اتفقوا على ألف ، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين . أظهر القولين وجوب ألفين بجريان

---

(١) في الأصل : نكاحها .

(٢) في الأصل : والصغيرة

اللفظ الصريح بها . والثاني : الواجب ألف عملًا باصطلاحهما . والوجه الثاني : إثبات قولين منها اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم . قال الإمام : وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ . فلو قال الزوج لزوجته : إذا قلتُ : أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي ، وأُريد بالثلاث واحدة ، فالمذهب أنه لاعبرة بذلك . وفي وجه : الاعتبار بما تواضعا عليه .

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر ، أهو مجرد التواضي والتواعد ؟ أم المراد ماإذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية ؟ منهم من يشعر كلامه بالأول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان . قال البغوي : وخرّج بعضهم من[1] هذا ، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد ، وقد سبق بيان هذا التخريج . والطريق الثاني وهو المذهب : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : المهر مهر السر ، أراد إذا عقد في السر بألف ، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملًا وهم متفقون على بقاء العقد الأول . وحيث قال : المهر مهر العلانية ، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية ، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد .

ونقل[2] الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً ، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى ، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف ، أو على أن لايلزمه إلا أداء ألف . والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج ، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة .

---

(١) في الأصل : عن .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : وحكى .

السبب السادس : مخالفة الآمر لايشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر ، ولا ذكره . لكن لو قدرت فقالت : زوجني بألف مثلاً ، فزوجها الولي أو وكيله بخمسمائة ، لم يصح النكاح ، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقاً . وقيل : في صحة النكاح في صورة الولي قولان . ولو قالت لوكيل الولي : زوجني ولم تتعرض للمهر ، فزوجها بدون مهر المثل ، فسد النكاح على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يفسد . والثاني : يصح بمهر المثل . وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً ، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل . وإذا قلنا : لايصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : لايصح النكاح أيضاً ، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفا . وأصحها : يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن . ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً ، فزوج بدون مهر المثل أو بلامهر ، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس . أظهرهما : الصحة . وقيل : يفسد قطعاً كالوكيل . ولو قالت للولي أو للوكيل : زوجني بما شاء الخاطب ، فقال المأذون له للخاطب : زوجتكها بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب ، فقد زوجها بمجهول ، فيصح النكاح بمهر المثل . وإن عرف ، فوجهان . أصحها : صحة المسمى لعلمها به . والثاني : يصح النكاح بمهر المثل ، وبه قال القاضي حسين لابهام اللفظ .

قلت : هذا المذكور في هذا السبب ، هو طريقة الخراسانيين . وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل . قال صاحب « البيان » : إذا أذنت

في التزويج ، فزوجها وليها بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو بدون ما أذنت فيه ، أو بغير جنسه ، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها ، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر ، أو بأقل من مهر مثلها ، فقال أصحابنا البغداديون : يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل . وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك . والله أعلم

فرع

قال الولي للوكيل : زوجها من شاءت [1] بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل ، صح . ولو قال : زوجها بألف فزوجها بخمسمائة برضاها ، قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ، لأن المهر حقها . وقيل : لا يصح لانه باشر غير ما وكل فيه .

فرع

جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، فصدقه الولي والمرأة ، وجرى النكاح ، وضمن الوكيل الصداق ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين ، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن مطالبة الاصل سقطت والضامن فرعه . وأصحها وهو محكي عن نصه في « الإملاء » :

---

(١) في الأصل : شاه .

أنه يطالب بنصف الصداق ، لان المال ثابت عليها بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، يجوز لزيد مطالبة الضامن .

فرع

في « فتاوى البغوي » أنه إذا قال الولي للوكيل : لاتزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً ، أو يتكفله فلان ، صح وعلى الوكيل الاشتراط . فإن أهمله ، لم يصح النكاح . ولو قال : زوجها بكذا وخذ به كفيلاً ، فزوجها بلا شرط ، صح النكاح لانه أمره بأمرين امتثل أحدهما . وإن قال : لاتزوجها إذا لم يتكفل فلان ، ينبغي أن لايصح التوكيل ، لان الكفالة تتأخر عن النكاح ، وقد منع العقد إلا بها ، وأنه إذا قال للوكيل : زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية ، فزوجها الوكيل بألف ، لم يصح . ولو قال : زوجها بخمر [١] أو خنزير أو مجهول ، فزوجها بألف درهم ، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل ، أو أكثر ، صح النكاح والمسمى ، وإلا ، فلا .

الباب الثالث

في التفويض وحكم المفوضة

التفويض : أن تجعل الامر إلى غيره . ويقال : إنه الإهمال . ومنه قوله [٢] :

---

(١) في الأصل : لخمر .

(٢) في الأصل : قولهم .

لا يصلح الناس فوضى ... [١] وسميت المرأة مفوّضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لانها أمهلت المهر . ومفوَّضة ، بفتح الواو ، لان الولي فوض أمرها إلى الزوج . وفي الباب طرفان .

أحدهما : في صورة التفويض .

والثاني : في حكمه .

أما الأول : فالتفويض ضربان . تفويض مهر ، وتفويض بضع . فتفويض المهر أن تقول لوليها : زوجني على أن المهر ماشئتَ أو ما شئتُ أنا ، أو ما شاء الخاطب ، أو فلان ، فإن زوجها على ماذكرت من الابهام ، فحكمه ما سبق في آخر الباب السابق . وإن زوجها بما عين المذكور مشيئته ، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل . وإن زوجها بلا مهر ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل ، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر ، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب .

وأما تفويض البضع ، فالمراد به : إخلاء النكاح عن المهر ، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة ، ثيباً كانت أو بكراً : زوجني بلا مهر أو على أن لامهر ، فيزوجها الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه . ولو قالت : زوجني وسكتت عن المهر ، فالذي ذكره الإمام وغيره ، أن هذا ليس بتفويض ،

---

(١) هو قطعة من بيت للأفوه الأودي ، وهو بتمامه :

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

لأن النكاح يعقد غالباً بمهر ، فيحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر ، ويوافق هذا ما سبق . وفي بعض كتب العراقيين مايقتضي كونه تفويضاً . ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتها بلا مهر ، أو زوجها ساكتاً عن المهر .

ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج ، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، وزوجها الولى كذلك ، فوجهان . أحدهما : بطلان النكاح . وأصحها : صحته . وعلى هذا ،هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً ؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق ، لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل . ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل ، فهو كما لو نقص عن مهر المثل . فإن كان مجبراً ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ قولان . وإن كان غير مجبر ، فهل يبطل قطعاً أم على القولين ؟ فيه طريقان ، وقد سبق جميع هذا .

فرع

لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه ، ولا الصبية المميزة . وإذا قالت السفيهة : زوجني بلا مهر ، استفاد به الولي الاذن في النكاح ولغا التفويض .

فرع

نكحها على أن لامهر لها ولا نفقة ، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً ، فهذا أبلغ في التفويض . ولو قالت للولي : زوجني بلا مهر ، فزوجها بمهر المثل

من نقد البلد ، صح المسمى . وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد ، لم يلزم المسمى ، وكان كما لو نكحها تفويضاً .

الطرف الثاني : في حكم التفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد ، أم لايجب بنفس العقد ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ، إذا وطئها ، وجب مهر المثل على الصحيح . وعن القاضي حسين تخريج وجه : أنه لايجب ، خرجه من وطء المرتهن المرهونة بإذن الراهن ، ظانا الإباحة ، والجامع حصول الإذن من مالك البضع ، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله [١] ما إذا جددت إذنا في الوطء وصرحت بنفي المهر . قال الإمام : والقياس أن لايشترط تجديد الإذن ، قال : وقد رأيت في بعض المجموعات مايدل عليه ، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل ، فهل تعتبر حالة الوطء ، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ؟ فيه وجهان ، أو قولان . أظهرهما : الثاني .

الثانية : مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسيس ، فهل يجب مهر المثل أم لايجب شيء ؟ فيه خلاف مبني على حديث برْوَع بنت واشق ، أنها نكحت بلا مهر ، فمات زوجها قبل أن يفرض لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها والميراث ، فقيل : إن ثبت الحديث ، وجب المهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن لم يثبت ، فلا مهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن ثبت ، وجب ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » . وقيل : قولان وهو الأصح ، وبه قال العراقيون والحليمي ،

---

(١) في مخطوطة الظاهرية : نفاه .

واختلفوا في الأظهر منهما ، فرجح صاحب « التقريب » والمتولي ، الوجوب . ورجح العراقيون والإمام والبغوي والروياني ، أنه لايجب .

قلت : الراجح ترجيح الوجوب ، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ولا اعتبار بما قيل في إسناده ، وقياساً على الدخول ، فإن الموت مقرر كالدخول ، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث . والله أعلم

فإن أوجبنا ، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد ، أم يوم الموت ، أم أكثرهما ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الحناطي .

الثالثة : طلقها قبل الدخول ، إن كان فرض لها ، تشطر المفروض كالمسمى في العقد ، وإن لم يكن فرض لها ، فلا يشطر[1] على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وعن الشيخ أبي محمد والمتولي ، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا ؟ قال الإمام : لايعتدّ بهذا ، ولايلتحق بالوجوه الضعيفة .

الرابعة : إذا قلنا : لايجب المهر للمفوضة بالعقد ، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس . وإن أوجبناه بالعقد ، فمن قال : يشطر بالطلاق قبل المسيس ، قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل ، تطالب به لا بالفرض . ومن قال : لايتشطر . قال : لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلايسقط بالطلاق ، وهذا هو المذهب . ولها حبس نفسها للفرض ،

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : إن كان فرض لها يشطر المفروض كالمسمى في العقد وإلا فلا شطر .

وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض [١] ؟ قال البغوي والروياني : نعم كالمسمى . وحكى الإمام عن الأصحاب المنع ، وبه قطع الغزالي لأنها سامحت بالمهر ، فكيف تضايق في تقديمه [٢] .

فرع

الفرض يوجد من الزوج ، أو القاضي ، أو أجنبي .

الضرب الأول : إذا فرض الزوج ، نظر ، إن لم ترض به المرأة ، فكأنه لم يفرض وفيما علق عن الإمام ، أنه لايشترط القبول منها ، بل يكفي طلبها وإسعافه ، ولكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدراً فأجابها ، أما إذا أطلقت الطلب ، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره . أما إذا تراضيا على مهر ، فينظر ، إن جهلا قدر مهر المثل ، أو جهله أحدهما ، ففي صحة الفرض قولان . أظهرهما عند الجمهور : صحته وهو نصه في « الإملاء » والقديم . وإن كانا عالمين به ، صح ما فرضاه . ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح ، ويجوز أن يكون زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه ، وكذا إن كان منه على المذهب .

الضرب الثاني : فرض القاضي ، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض ، أو تنازعا في قدر المفروض ، فيفرضه ، ولايفرض إلا من نقد البلد حالا . ولو رضيت بالأجل ، لم يؤجل ، بل تؤخر هي إن شاءت ، ولايزيد على مهر المثل ولا ينقص ، كما في قيم المتلفات . ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد ، لا اعتبار

---

(١) في نسخة : وهل لها حبس نفسها لتقبض .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية زيادة نصها : قلت : الأول أصح ، وصححه في المحرر ، والله أعلم .

به ، ويشترط علمه بقدر مهر المثل . قال الشيخ أبو الفرج : وإذا فرض ، لم يتوقف لزومه على رضاها ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضي لايفتقر لزومه الى رضى الخصمين .

الضرب الثالث : فرض الأجنبي . فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهراً يعطيه من مال نفسه برضاها ، لم يصح على الأصح . فإن صححنا ، طالبت الأجنبي بالمفروض ، وسقطت المطالبة عن الزوج . وعلى هذا ، لو طلقت قبل الدخول ، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم الى الأجنبي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما اذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه .

فرع

أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس ، فإن قلنا : يجب المهر بالعقد ، صح الابراء إن كانت تعلم مهر المثل ، فإن جهلته ، ففي صحة الابراء عن المجهول قولان سبقا في « الضمان » . أظهرهما : المنع . فإن منعنا ، فذلك فيما زاد على المتيقن . وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة .

وإن قلنا : لايجب المهر بالعقد ، فهو إبراء عما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه . وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه . أظهرهما : فساده ، فحصل أن المذهب فساد إبرائها .

ولو أسقطت حق الفرض ، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي ، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، فهو إبراء عما لم يجب . وإن أبرأت بعدُ ، فإبراء عن مجهول .

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، فأبرأته عن المسمى ، فهو لغو ، لأن الواجب غيره . وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به ، صح .

فرع

لزوجته عليه مهر تيقن أنه لاينقص عن ألف ، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين ، ورغبا في البراءة ، فينبغي أن تبرئه عن ألفين ، ذكره البغوي . ولو قبضت ألفاً ، وأبرأته من ألف إلى ألفين ، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين ، فالبراءة حاصلة ، وإن بان فوق الألفين ، فعليه الزيادة ، وحصلت البراءة من ألفين ، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين ، تفريع على أنه إذا قال : ضمنت من واحد إلى عشرة ، أو أبرأت ، صح الضمان والإبراء ، وهو الأصح . ولو دفع الزوج إليها ألفين ، وحلل لها ما بين ألف وألفين ، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين . وإن بان دون ألف ، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف ، لأنه لم يدخل في التحليل ، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء ، أو الإسقاط والعفو . وأما من جهة الزوج ، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان . فإن تصرفت في المدفوع وصار ديناً ، جرت فيه الألفاظ .

فرع

قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك عن ألف درهم ، ثم قال : لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء ، لايقبل قوله في الظاهر . وفي الباطن وجهان . قال الاصطخري : لايقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه . وقال غيره : يقبل ، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصل

ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً ، كالمسمى في العقد ، حتى يتشطر [1] بالطلاق قبل الدخول . فلو فرض فاسداً كخمر ، لغا ، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ، فإنها تشطره .

فرع

نكح ذمي ذمية على أن لامهر ، وترافعا إلينا ، حكمنا بحكمنا في المسلمين .

فصل

في بيان مهر المثل

ويحتاج إليه في مواضع . منها : المفوضة ، وفي التفويض الفاسد ، وفي التسمية الفاسدة ، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا : يوزع على مهور أمثالهن ، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا ، وفيه مسائل .

إحداها : مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها ، والركن الأعظم في الباب النسب ، وينظر إلى نساء عصباتها ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت ، والعمة وبنت العم ، ولاينظر إلى ذوات الأرحام ، ويراعى في نساء العصبة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ، ثم من

---

(١) في الأصل : يشترط ، وهو خطأ .

الأب ، ثم بنات الاخوة من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم العمات كذلك ، ثم بنات الأعمام . فإن تعذر اعتبار نساء العصبة ، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والخالات ، وتقدم القربى فالقربى من الجهات ، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات . ولايتعذر اعتبار نساء العصبة بموتهن ، بل يعتبر بعد موتهن ، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصل ، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن ، أو لأنهن لم ينكحن . فإن تعذرت ذوات الأرحام ، اعتبرت بمثلها من الأجنبيات ، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً ، وتعتبر العربية بعربية مثلها ، والأمة بأمة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها وخِسّته ، ومهر المعتقة بمعتقة مثلها . وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالي .

الثانية : يعتبر مع ما ذكرناه البلد . فإذا كان نساء عصباتها ببلدتين هي في إحداهما ، اعتبر بعصبات بلدها . فإن كن كلهن ببلدة أُخرى ، فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها ، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة ، كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة ، والصراحة ، وهي أن تكون شريفة الأبوين ، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض . وفي وجه : لااعتبار باليسار وهو بعيد ، ومتى اختصت بصفة مرغبة ، زيد في مهرها . وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله ، نقص من المهر بقدر مايليق به .

الثالثة : المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات . فلو سامحت واحدة منهن ، لم يلزم الباقيات المسامحة ، الا أن يكون لنقص دخل النسب وفترت الرغبات .

الرابعة : مهر المثل يجب حالا من نقد البلد ، كقيمة المتلفات . وان رضيت بالتأجيل ، لايوجبه الحاكم مؤجلًا ، لكن لها أن تسامح بالإنظار . فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل ، لم يؤجل الحاكم أيضاً

لكن ينقص مايليق بالأجل . وان جرت عادتهن بمسامحة العشيرة دون غيرهم ، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها . وكذا لو كن يخففن ، اذا كان الزوج شريفاً ، خفف في حق الشريف دون غيره . وعن الشيخ أبي محمد : أنه لايلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف . وقيل : مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالاتلاف ، والصحيح الاول .

فرع

تقادم العهد لايسقط مهر المثل عندنا .

فرع

الوطء في النكاح الفاسد ، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ، إذ لاحرمة للعقد الفاسد .

فرع

إذا وطىء مراراً بشبهة واحدة ، أو في نكاح فاسد ، لم يجب إلا مهر واحد . ولو وطىء بشبهة ، فزالت تلك الشبهة ، ثم وطىء بشبهة أخرى ، وجب مهران . ولو أكرهها على الزنا ، وجب بكل وطأة مهر ، لأن الوجوب هنا بالاتلاف ، وقد تعدد . ولو وطىء الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال ، فقيل : يجب بكل وطءٍ مهر . والأصح أنه لايجب إلا مهر واحد ، لأن شبهة الاعفاف تعم الوطآت ، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس ، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس . ووطء الشريك المشتركة ، والسيد المكاتبة مراراً ، كوطآت جارية الابن . وإذا وجب مهر واحد بوطآتٍ ، اعتبر أكمل الأحوال .

الباب الرابع

في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين ، وفي الباب أطراف .

[**الطرف**] **الأول** : في موضع التشطر وكيفيته .

أما موضعه ، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع . وفيما إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها ، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الايلاء بطلبها ، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة ، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة ، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها ، أو قذفها ولاعن . فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها ، بأن أسلمت أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعتق أو عيب ، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيبها ، فيسقط جميع المهر ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح .

فرع

إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول ، فالقول في التشطر سبق . وأما غير المفوضة ، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه

المسمى الصحيح في العقد ، والمفروض بعده ، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد .

فصل

وأما كيفية التشطر ، ففيها أوجه . الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق . والثاني : أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف ، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة . والثالث : لايرجع إليه إلا بقضاء القاضي . وحكى العبادي ، أن أبا الفضل القاشاني الزاهد ، حكى الثالث قولاً قديماً . وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً ، فاذا قلنا : يثبت الملك بالاختيار ، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق ، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه ، فيسلم لها جميعه . وعلى الصحيح يلغو قوله ، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء . ولو طلق ثم قال : أسقطت خياري ، وقلنا : الطلاق يثبت الخيار ، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين . أحدهما : يسقط كخيار البيع . وأرجحهما : لا ، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع ، ولم يجر هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق . ويجوز أن يسوي بين الصورتين . ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق ، فعلى الوجه الأول : الصحيح نصفها للزوج ، وعلى الثاني : إن حدثت قبل اختيار التملك ، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق ، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة ، فان كانت متصلة وقلنا بالأول ، فالنصف بزيادته للزوج . وإن قلنا بالثاني ، فوجهان . أصحهما : كذلك . والثاني : يمنع الرجوع إلا برضاها . وإن حدث نقص ، فان قلنا : يملك بالاختيار ، فان شاء أخذه ناقصاً بلا أرش ، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً . وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فان

وجد منها تعدٍّ ، بأن طالبها برد النصف ، فامتنعت ، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه ، فعليها الضمان . وإن لم يوجد تعدٍّ ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروياني : أنها تغرم أرش النقص . وإن تلف ، غرمت البدل لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة . وفي « الأم » نص يشعر بأنه لاضمان ، وبه قال المراوزة ، لأنه في يدها بلا تعدّ ، فأشبه الوديعة . فعلى الأول ، لو قال الزوج : حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت : قبله ولا ضمان ، فأيها المصدق ؟ وجهان . أصحها : المرأة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . ولو رجع كل الصداق إليه بردتها ، أو فسخ وتلف في يدها ، فمضمون عليها كالبيع ينفسخ بإقاله أو ردّ بعيب . قال الإمام : وحكم النصف عند ردته كالطلاق .

فرع

إذا قلنا : يملك بالاختيار ، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار ؟ وجهان حكاهما الامام . قال : القياس أنها تملك كما قبل الطلاق ، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب .

فرع

إذا كان الصداق ديناً ، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار : على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه ؟ أم يتعين حقه فيه لتعينه بالدفع ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الطرف الثاني في تغير الصداق قبل الطلاق . إذا أصدقها عيناً ، ثم طلقها قبل الدخول ، فان كانت تالفة ، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية ، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة . وإن كانت باقية ، فان لم يحدث فيها تغير ، رجع في نصفها كما سبق . وإن حدث تغيّر وهو مقصود الفصل ، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما ، فهي ثلاثة أقسام . الأول : نقص محض وهو نوعان ، نقص صفة ونقص جزء .

النوع الأول : نقص الصفة كالعمى والعور ، ونسيان الصنعة ، وهو ضربان . حادث في يدها ، وحادث في يده .

الضرب الأول : أن يحدث في يدها ، فالزوج بالخيار ، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً ، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش . هـــذا قول الأصحاب . قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يجب الأرش ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان .

الضرب الثاني : أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت ، فله عنـد الطلاق نصفها ناقصا ، ولا خيار له ولا أرش ، لأنه نقص وهو من ضمانه ، لكن لو حدث النقص بجناية وأخذت الارش ، فهل له نصف الارش ، لأنه بدل الفائت أم لاشيء [له] [1] من الارش كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول .

النوع الثاني : نقص جزء ، بأن أصدقها عبدين وقبضها ، فتلف أحدهمـا في يدها ثم طلقها ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمـة التالف . والثاني : أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتها . والثالث : يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدين .

---

(١) زيادة من احدى نسخ الظاهرية .

القسم الثاني : زيادة محضة وهي صنفان ، منفصلة ومتصلة . أمـا المنفصلة ، كاللبن ، والولد ، والكسب ، فيسلم للمرأة ـ سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ، ويختص الرجوع بنصف الاصل . ثم في « الشامل » و « التتمة » : إن قولنا : يرجع بنصف الاصل ويبقى الولد لهـا ، مفروض في غير الجواري ، وليس له الرجوع في نصف الجارية ، لأنه يتضمن التفريق بين الام والولد ، بل يرجـع إلى القيمة . فان وافقته الزوجة ورضيت برجوعـــه إلى نصف الام ، فهو كالتفريق بين الام والولد بالبيـع .

الصنف الثاني : الزيادة المتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف ، بل يخير الزوجة . فان أبت ، رجـع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة . وإن سمحت ، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا يجبر للمنّة ، والصحيح الاول . قال الأصحاب : لاتمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع . فأمـــا في سائر الاصول ، كالمبيـع في يد المفلس ، والموهوب في يد الولد ، والمردود بالعيب في البيـع ، فلا تمنع الزيادة المتصـــلة الرجوع ، بل يستقلون بالرجوع معهـا ، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه . فان رفع من أصله ، فكأنه لاعقد . وإن رفع من حينه ، فالفسخ مشبـــه[1] بالعقد ، والزيادة تتبـع الاصل في العقد ، فكذا في الفسخ ، وعود الشطر بالطلاق ليس فسخاً ، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق ، عاد النصف إليه لا إلى السيد ، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً . وفرق أبو إسحاق

---

(١) في الأصل : شبه .

بين الصداق وصورة الافلاس ، بأن[١] غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين ، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء ، وهنا إذا لم تسلم العين ، سلمت القيمة بتمامها ، فلا ضرر ، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة ، قال : يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها . وعوّل الأكثرون على الفرق الاول ، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها ، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء . وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها ، يمنع الرجوع وإن[٢] لم تكن زيادة ، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع ، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق .

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ، فينظر فيه ، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها ، فكذلك الحكم . وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة . وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيبه أو عيبها ، فالذي قطع به الجمهور ، أنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب . وقال المتولي : إن قلنا في الفسخ بعد الدخول : يبقى المسمى لها ، فهو كما لو كان السبب عارضاً . وإن قلنا : يوجب مهر المثل ، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع[٣] أصله ، أم لا ؟ فيه خلاف . إن قلنا : لا ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : نعم ، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة .

---

(١) في الأصل : فإن .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في نسخته : ويدفع .

فرع

إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق ، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال : يرجع بقيمة النصف . ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبارة ، والصواب ماذكرنا ، لأن التشقيص عيب .

القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً ، إما بسبب واحد ، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر ، فإنه[1] نقص بسبب نقص القيمة ، ولأن الصغير يدخل على النساء ، ولا يعرف الغوائل ، ويقبل التأديب والرياضة ، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار ، وحفظ ما يستحفظه . وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها .

وإما بسببين ، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعورّ ، فيثبت لكل منهما الخيار ، وللزوج أن لايقبل العين لنقصها ، ويعدل إلى نصف القيمة ، ولها أن لاتبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة . فإن اتفقا على رد العين ، جاز ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . وليس الاعتبار بزيادة القيمة ، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة ، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد .

فرع

أصدقها جارية حائلاً ، فحبلت في يدها وطلقها قبل الدخول ، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه ، للضعف في الحال ، ولخطر الولادة . فان لم يتفقا على نصف الجارية ،

---

(١) في الأصل : فكأنه .

فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية ، وليس لأحدهما إجبار الآخر . وحكى الحناطي وجهاً ، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لايعرف ، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً ، والصحيح الأول . وأما الحمل في البهيمة ، فكالجارية . وقيل : زيادة محضة ، إذ لاخطر فيه ، والأول أصح ، لأنه لايحمل عليها حاملاً مايحمل حائلا ، ولأن لحم الحامل أردأ .

فرع

أصدقها أرضاً فحرثتها ، فإن كانت الأرض معدّة للزراعة ، فزيادة محضة . وإن كانت معدّة للبناء ، فنقص محض ، فحينئذ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها ، مكن ، وإن أبى ، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة . وإن زرعتها ، فنقص محض ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد ، فذاك . قال الإمام : وعليه إبقاؤه بلا أجرة ، لأنها زرعت ملكها الخالص . وإن رغب فيها الزوج وامتنعت ، أجبرت . وإن رغبت هي ، فله الامتناع ، ويأخذ نصف قيمة الأرض . فإن قالت : خذ نصف الأرض مع نصف الزرع ، ففي إجباره طريقان . أحدهما : وجهان كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثمار . والثاني : القطع بالمنع ، لأن الزرع ليس من عين الصداق ، بخلاف الثمرة ، والمذهب المنع كيف كان . وإن طلقها بعد الحصاد ، وبقي في الارض أثر العمارة ، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة ، فهي زيادة محضة ولو غرستها ، فكما لو زرعتها . لكن لو أراد أن يرجع في نصف الارض ويترك الغراس ، ففيه وجه أنها لاتجبر ، لأن الغراس للتأبيد . وفي إبقائه في مالك الغير ضرر . ولو طلقها والارض مزروعة أو مغروسة ،

فبادرت بالقلع ، نظر ، إن بقي في الارض نقص لضعفها بها وهو الغالب ، فهو على خيرته ، وإلا انحصر حقه في الارض .

فصل

أصدقها نخيلاً حوائل ، ثم طلقها وهي مطلعة ، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً ، ولا نصف العين قهراً ، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً . فان رضيت بأخذه نصف النخل والطلع ، أجبر على المذهب . وقيل : وجهان كالثمرة المؤبرة ، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ، ففيها مسائل .

إحداها : ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين . فلو بادرت بقطعها ، أو قالت : اقطعها ليرجع ، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

الثانية : أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت [١] ، أجبرت على الأصح عند الجمهور ، منهم العراقيون ، وبه قطع البغوي ، لأن الأشجار في يدها كسائر الاموال [٢] المشتركة . ورجح المتولي منع الاجبار ، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي ، لأنها قد [لا] [٣] ترضى بيده ودخوله البستان . قال الإمام : ولأنه لابد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها [٤] السقي ، لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها [٤] ترك السقي لتضرر الثمر

---

(١) في الأصل : فبانت .

(٢) في نسخ الظاهرية : الأملاك بدل الأموال .

(٣) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٤) في إحدى نسخ الظاهرية : تكليفه .

والشجر . ولمن قال بالاول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

الثالثة : أرادت رجوعه[١] في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجداد ، فله الامتناع وطلب القيمة ، لأن حقه في الشجر خالية ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد ، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة . ولو قال : أؤخر الرجوع الى الجداد ، فلها الامتناع لان نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجهوه ، وهو تفريع على أن النصف الراجع اليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق . ولو قال : أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه ، فوجهان لهما التفات الى ابراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده . وزاد من نظر الى السقي ، فقال : ليس لها أن تقول : ارجع واسق ، لان فائدة السقي تعود الى نصيبها من الشجر والى الثمار وهي خالصة لها ، ولا أن تقول : ارجع ولا تسق ، لانه يتضرر . ولو قالت : ارجع وأنا لا أسقي وإليك الخيرة في السقي وتركه ، أو قال : ارجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه ، لم يلزم الآخر الاجابة ، لأنه إن ترك السقي تضرر ، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة . ولو قال الزوج : ارجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة ، أو قالت : ارجع وأنا أسقي ، فهل يلزم الآخر الاجابة ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه وعد وقد لايفي به . فإن قلنا بالاجابة ، فبدا للملتزم وامتنع ، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج ، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد ، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول ، فقال : ارجع إلى نصف الجارية وأرضى

---

(١) في الأصل : برجوعه .

أن ترضع الولد ، ففيه[١] الوجهان . قال الإمام : ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لايجاب . ولو قال : أرجع وأمنعها الارضاع ، لم تُجَبْ بلا خلاف . وفي هذه المسألة وراء الارضاع ومضي زمانه شيء آخر ، وهو التفريق بين الأم والولد . وقد ذكرنا ماذكره صاحبا « الشامل » و « التتمة » فيه .

الرابعة : وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر ، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن ، أم لا ، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الخامسة : تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال ، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد ، مكنّا منه . وإذا بدا لأحدهما في التأخير ، مكّن من الرجوع عنه . وقال المعللون بالسقي : إن رضيا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منهما متبرعاً ، أو على أن يتركا أو أحدهما السقي ، فمن التزم السقي[٢] ، فهو وعد لايلزم[٣] الوفاء به ، لكن إذا لم يف ، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج . ومن ترك السقي ، لم يمكن[٤] من العود إليه . هذا حاصل المسألة ، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه .

فرع

ظهور النور في سائر الأشجار كبدوّ الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ، كالتأبير في النخل .

---

(١) في الأصل : فيه .
(٢) في الأصل : في القسي .
(٣) في الأصل : لأن يلزم .
(٤) في الأصل : لم يكن .

فرع

أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، وطلقها قبل الدخول ، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة ، سواء جدت الثمرة أم لا . وإن أصدقها والثمرة مطلعة ، وطلقها وهي بعد مطلعة ، أخذ نصفها مع الطلع . ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع ، لايجوز له الرجوع فيه ، هذا لفظه . ولو قال : لم يجز له الرجوع بغير رضاها ، لكان أحسن . فلو كانت مؤبرة عند الطلاق ، فهل له في الثمرة حق ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملا فولدت قبل الطلاق ، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة ، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل . فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة ، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت . فإن لم ترض ، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع .

فرع

أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول ، نظر ، إن طلقها وهي بعد حامل ، فله نصفها حاملاً ، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا . وإن طلقها وقد ولدت ، فالكلام في الأم ثم الولد ، أما الأم ، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لئلا يتضرر ، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطيما ، فإن كان في زمن التفريق المحرّم ، فعلى ما تقدم ، وإلا فله نصفها . وإن نقصت قيمتها بالولادة ، نظر ، إن ولدت في يد الزوج ، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج . وإن ولدت في يد الزوجة ، فله الخيار ، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه ، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة . وأما الولد ، فهل

للزوج حق في نصفه ؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع ، وفيه قولان سبقا في مواضع . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا ، فلا حق له فيه ، لأنه حادث في ملكها ، وإن قلنا : نعم ، فوجهان . أحدهما : له فيه حق كما لو أصدقها عينين ، لكن الولد زاد بالولادة ، فلها الخيار . فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الام ، أجبر على قبوله . وإن أبت ، قال المتولي : لايرجع في نصف الجارية للتفريق ، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله . والثاني : لاحق له فيه لانه لاقيمة له قبل الانفصال .

قلت : الاول أصح . والله أعلم

ولو كانت الجارية المصدقة حائلًا ، وطلقها حاملًا ، فقد سبق حكمه . فإن ولدت ، ثم طلقها ، فالولد لها ، والقول في الام كما سبق فيما إذا كانت حاملًا يوم الإصداق وولدت وطلقها ، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها ، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار ، لان السبب وجد في يده ، أم من ضمانها وله الخيار لان النقص حصل عندها ؟ وجهان .

فرع

أصدقها حلياً فكسرته ، أو انكسر في يدها وبطلت صنعته ، ثم أعادت المنكسر حلياً ، ثم طلقها قبل الدخول ، نظر ، إن صاغته على هيئة أخرى ، فالحاصل زيادة من وجه ، ونقص من وجه ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه ، جاز . وإن أبى أحدهما ، تعين نصف القيمة . وإن عادت الصنعة بحالها ، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها ، أم يعتبر رضاها ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه قال

ابن الحداد ، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت ، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلّمها . ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لايبصر شيئاً ، ثم زالت ثم طلقها ، ففيما علق عن الإمام ، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف ، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها . وإذا قلنا في الحلي : يعتبر رضاها ، ففيما يرجع به وجهان . أصحهما : نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت . والثاني : مثل نصفه بالوزن تبْراً ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها ، فعلى الاول ، فيما يقوّم به وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : بغير جنسه ، فالمذّهب بفضة ، وكذا العكس . والثاني : يقوّم بنقد البلد وإن كان من جنسه ، وبه قال محمد بن نصر المروزي . ويجري الوجهان في قيمة الصنعة ، ففي وجه : يقوم بغير جنس الحلي ، وفي وجه : بنقد البلد ، وهو الاصح كما سبق في الغصب . ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة ، بني على جواز اتخاذه . وهل لصنعته قيمة ؟ إن قلنا : لا ، فللزوج الرجوع في نصف العين ، سواء عادت الصنعة الاولى أم غيرها ، إذ لازيادة . وان قلنا : نعم ، فكالحلي . ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الالحان ، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الالحان ، أم لا ، لانه محرّم فلا عبرة بفواته ؟ وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

ولو اشترى مغنيّةً بألفين ، وهي تساوي ألفاً بلا غناء ، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو علي . أحدها : البطلان ، لأنه بذل في مقابلة حرام ، وبه

أفتى المحمودي . والثاني قاله أبو زيد : إن قصد بالشراء الغناء ، بطل ، وإلا ، فلا . والثالث : صحة البيع ، قاله الأودني ، قال : وما سوى ذلك استحسان .

قلت : واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً ، وهو الأصح . ولو بيعت بألف ، فالبيع صحيح بلا خلاف . **والله أعلم**

فصــل

أصدق ذمي خمراً ، ثم أسلما وترافعا إلينا ، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض ، لم نحكم لها بشيء . وإن كانت غير مقبوضة ، حكمنا بوجوب مهر المثل . ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا ، ثم أسلما أو أحدهما ، فوجهان . قال ابن الحداد : لاشيء لها إلا الخل . وأصحها وبه قال القفال : لها مهر المثل ، لأن الخمر لاتصلح صداقاً ، ولاعبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام . ولو أصدقها عصيراً ، فتخمر في يده ، ثم عاد خلا ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، لزمه قيمة العصير . ولو قبضت الذمية الخمر ، ثم طلقها قبل الدخول ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر . ولو صارت خلاّ عندها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها ، أم لاترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا لو تلف الخل أو أتلفته ، ثم طلقها ، فوجهان أصحها وهو قول الخِضْري : يرجع بمثل نصف الخل . والثاني وبه قال ابن الحداد : لايرجع بشيء ، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض ،

ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض . ولو أصدقها جلد ميتة ، فقبضته ودبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرّتبان على تخلّل الخمر ، وأولى بعدم الرجوع ، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب ، فالأصح الرجوع ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا : إن هلك الجلد عندهـا بعد الدباغ ، قال ابن الحداد : لايرجع . قال الشيخ أبو علي : ينبغي أن لايرجـع هنا بلا خلاف ، بخلاف الخل لأنـــه مثلي والجلد متقوم ، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض ، ولم يكن له قيمة حينئذ . ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول ، فالقول في كل الخل وكل الجلد ، كالقول في النصف عند الطلاق .

فصـــل

كل عمل جاز الاستئجار عليه ، جاز جعله صداقاً ، وذلك كتعليم القرآن والصنائع ، وكالخياطة والخدمة والبناء وغيرها ، وفيه مسائل .

إحداها : يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان .

أحدهما : العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين .

الأول : بيان القدر الذي يعلمـه بأن يقول : كل القرآن أو السبـع الأول أو الأخير . وحـكي وجه شاذ : أنه لايشترط تعيين السبـع فإن عين بالسور والآيات ، فعلى ما ذكرناه في الإجارة ، وذكـرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما . وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال : فلو شرط حرف أبي عمرو ، علمها بحرفه ، فإن علمهـا بحرف الكسائي ، فهل يستحق أجرة المثل ، أم لاشيء له ؟ وجهان . وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بمهر المثل ، أم بقدر التفاوت بين اجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر ؟ فإن لم يكن تفاوت ،

لم يرجع بشيء ثم قال : ولامعنى لهذا الاختلاف ، بل الواجب أن يقال : يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع[1] بما علم . ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج ، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والاجزاء والآيات ، قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل ، وإلا فيرى المصحف ، ويقال : تعلّم من هذا الموضع إلى هذا ، ولك أن تقول : لايكفي هذا ، إذ لايعرف به صعوبته وسهولته .

قلت : الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل . **والله أعلم**

الطريق الثاني : تقديرها بالزمان ، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً ، ويعلمها فيه ما شاءت ، كما يخيط الاجير للخياطة ماشاء المستأجر . فلو جمع الطريقين فقال : تعلّمها في شهر سورة البقرة ، فهو كقوله : استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم ، وفيه خلاف سبق في الاجارة .

الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدراً في تعليمه كلفة ، فإن لم يكن ، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة ، أو قدر يسير وإن كان آية ، كقوله تعالى : (ثم نظر) [المدثر : ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة حنطة .

الثانية . أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم ، ففي صحة الإصداق وجهان ، كنظيره في الإجارة . أصحها : الصحة . ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده ، أو نكح كتابية على أن يلقنها[2] كلمة الشهادة ، لم يصح الصداق ، قاله البغوي .

---

(١) في الأصل : مقطوع ، وهو خطأ .

(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : أن يعلمها .

الثالثة : إذا كان الزوج لايحسن ماشرط تعليمه ، فإن التزم التعليم في الذمة ، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها . وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه ، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها ، أم لايصح لعجزه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها ، لم يصح أيضاً ، لان العمل متعلق بعينه ، والأعيان لاتقبل التأجيل . قال المتولي : فإن صححنا فأمهلته ليتعلم ، فذاك ، وإلا فهو معسر بالصداق . ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها ، جاز إن كان التزم في الذمة ، وإلا فلا . ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما ، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره ، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان . أصحها عند الجمهور : الثاني ، وخالفهم الإمام ، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي . ولو فرض عقد مجدد ، فأبدلت منفعة بمنفعة ، جاز قطعاً .

الرابعة : أصدقها تعليم ولدها ، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها . وإن أصدقها تعليم غلامها ، قال البغوي : لايصح كالولد . وقال المتولي : يصح ، وهذا أصح . ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان [١] العبد ، فشرطته صداقاً ، جاز .

الخامسة : لو تعذر التعليم ، بأن تعلمت من غيره ، أو كانت بليدة لاتتعلم ، أو لاتتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة ، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض . فعلى الاظهر : يجب مهر المثل ، وعلى الآخر : أجرة التعليم .

السادسة : قال : علمتك وأنكرت ، فإذا لم تحسنه ، صدقت ، وإن أحسنته

---

(١) في الأصل : واختارت ، وهو خطأ .

وادعت التعلم من غيره ، فأيها يصدق ؟ وجهان لتعارض الاصل والظاهر ، أصحهما : هي .

السابعة: أصدقها تعلم سورة ، فعلمها ثم طلقها ، إن كان بعدالدخول ، فذاك ،وإلا ، فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم ، وإن طلقها قبل التعليم ، فقد استحقت جميع التعليم إن دخل ، وإلا ، فتعليم النصف ، وفيه وجهان . أحدهما : يعلمها وراء حجاب بغير خلوة . وأصحهما وهو المنصوص في « المختصر » : أنه قد تعذر التعليم ، لأنها قد صارت أجنبية ، ولاتؤمن مفسدة . فعلى هذا : ترجع بمهر المثل على الأظهر إن دخل ، وإلا فنصفه ، وعلى الآخر : ترجع بأجرة التعليم أو نصفها .

الثامنة : نكح كتابية على تعليم القرآن ، فإن توقع إسلامها ، صح الصداق ، وإلا فسد ، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً . ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل ، لم يصح ، لأنه لايجوز الاشتغال به لتبديله ، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً ، إذ لا قيمة للمسمى . ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل ، ثم أسلما أو ترافعا بعد التعليم ، لم نوجب شيئاً آخر ، وإن كان قبل التعليم ، أوجبنا مهر المثل كما في الخمر .

التاسعة : أصدقها تعليم فقه ، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها مما[1] ليس بمحرم ، صح الصداق . وإن كان محرّما كالهجو والفحش ، لم يصح .

العاشرة : نكحها على أن يرد عبدها الآبق ، أو جملها التائه[2] وكان الموضع معلوماً ، صح . وإن كان مجهولاً ، فقولان . أحدهما : يصح كالجعالة . والمشهور : المنع ، ويجب مهر المثل ، بخلاف الجعالة ، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة .

---

(١) في الأصل : ما .

(٢) في نسخة : الناد .

فإن رده ، فله أجرة مثل الرد ، ولها مهر المثل . وإذا صح الصداق ، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول ، استردّ منها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الرد ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الرد . وإن كان قبله ، فعليه الرد إلى نصف الطريق ، ثم يسلمه إلى الحاكم . فإن لم يكن حاكم ، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه ، ولم يتبرع بالرد إليها ، قال المتولي : يؤمر برده إليها ، وله عليها نصف أجرة المثل . ولو تعذر رده برد غيره ، أو رجوعه بنفسه أو بموته ، فقد فات الصداق قبل القبض ، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : إلى أجرة الرد .

الحادية عشرة : نكحها على خياطة ثوب معلوم ، جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح على أن يخيط بنفسه ، فعجز بأن سقطت يده أو مات ، ففيما عليه ؟ قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : أجرة الخياطة . ولو تلف ذلك الثوب ، فوجهان . أصحها : تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة . والثاني : تأتي بثوب مثله ليخيطه . وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول ، فله عليها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الخياطة ، فإن دخل بها ، فعليه الخياطة ، وإلا خاط نصفه . فإن تعذر الضبط ، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة ؟

الثانية عشرة : قال المتولي : لو كان له عليها قصاص فنكحها ، وجعل النزول عن القصاص صداقاً ، جاز . ولو جعل النزول عن الشفعة ، أو حدّ القذف صداقاً ، لم يجز ، لأنه لايقابل بمال ، ولايجوز جعل طلاق امرأة صداقاً لأخرى ، ولابضع أمته صداق المنكوحة .

فصل

إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق ، أوله بنقصه ، أو لهما بهما ، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما ، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا : الطلاق يشطر الصداق بنفسه ، وليس لها الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع على الهبة ، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج ، لاتمكن هي من التأخير ،بل تكلف اختيار أحدهما . وإذا طلب الزوج ، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة ، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها ، لكن يطالبها [١] بحقه عندها ، فإن امتنعت ، قال الإمام : لايقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة ، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة ، ويمنعها من التصرف فيها ، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق المرتهن بالمرهون والغرماء بالتركة . فإن أصرت على الامتناع ، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة [٢] الحادثة ، باع مايفي بالواجب من القيمة . فإن لم يرغب في شراء البعض ، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها . وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ، ففيه احتمالان للإمام . أصحها وبه قطع الغزالي : تسلم نصف العين إليه ، إذ لا فائدة في البيع ، فإذا سلم إليه ، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له . والثاني : لاتسلم إليه العين ، بل يبيعه ، فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

---

(١) في لأصل : يطلبها .

(٢) في الأصل : الزيادة .

فرع

إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق ، أو خروجه عن ملكها ، أو زيادة فيه أو نقص ، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض . لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، وقلنا : إنه مضمون عليها ، اعتبرت قيمة يوم التلف ، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمِّنة .

الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة ، أو إعتاق ، فليس للزوج نقض تصرفها لطلاقه قبل الدخول ، بل زوال ملكها كالهلاك ، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة . وإن لم يزل الملك ، بل تعلق به حق ، فإن كان غير لازم ، بأن أوصت به ، أو وهبته ، أو رهنته ولم يقبض ، فللزوج الرجوع في نصفه . وفي « الشامل » وغيره ، نقل قول أنه لايرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض ، لئلا يبطل تصرفها في ملكها ، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية . وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته ، فإن جعلنا الملك للبائع ، فهو كالهبة قبل القبض ، وإن جعلناه للمشتري ، فلا رجوع في العين . وإن كان الحق لازماً ، بأن رهنته [1] وأقبضته ، فليس له الرجوع إلى نصفه . وإن أجرته ، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته ، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوبة

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : وهبته ، وهو خطأ .

المنفعة مدة الإجارة . فلو قال : أنا أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ، نظر ، إن قال : أتسلمه ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر ، فليس لها الامتناع . وإن قال : لا أتسلمه وأصبر ، فلها الامتناع ، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، هذا إن قلنا : الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح . وإن قلنا : لاضمان أو أبرأها عن الضمان وصححنا الابراء ، فهل عليها الإجابة ، أم لا لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتخلو يدها عنها ؟ وجهان ، فإن لم نوجب الإجابة ولم نطالبها حتى انفك الرهن ، وانقضت مدة الإجارة ، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال المانـع ، أم تتعين القيمة ، لأن المانـع نقل حقه إليها ؟ وجهان . وتزويـج جارية الصداق كالاجـارة . ,ولو زال ملكها وعاد ثم طلقهـا ، فهل يتعلق حقه بالعين أم بالقيمة ؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة . أصحهما هنا عند الجمهور : التعلق بالعين ، لأن حقه لايختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولى من البدل ، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة ، فـإن زال بغير لازم ، بأن باع بالخيار ، وقلنا : يزول الملك وفسخ البيـع ، ثم طلقها ، فالخلاف مرتب في التعلق بالعين ، وأولى بالثبوت . ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها ، فعن القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم . وقال الامام : هذا أولى بالثبوت ، لأن المكاتب عبـد ما بقي عليه درهم ، ولاشك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر .

المسألة الثانية : أصدقها عبداً فدبّرته ، ثم طلق قبل الدخول ، فالمذهب أنه لايرجع فيه وهو المنصوص في « المختصر » ، وهو ظاهر نصه في « الأم » أيضاً سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقـاً بصفة ، لأن التدبير قربة يتعلق بها غرض لايتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لاتؤثر في القيمة . وقيل : في الرجوع قولان ، إن قلنا :

التدبير وصية ، رجع ، وإلا ، فلا . وقيل : يرجع قطعاً ، وهو ضعيف . ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره : الخلاف فيما إذا كانت موسرة تتمكن من أداء القيمة . فإن لم تكن ، رجع إلى نصف العبد قطعاً . ويتعلق بهذا الخلاف فروع .

[الفرع] الأول : [١] إن قلنا بالرجوع ، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به ، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة . وقال الحناطي : يحتمل أن يقال : تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف . فإن امتنعت ، قام الحاكم مقامها ففسخه .

الثاني : لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها ، وقلنا : التدبير يمنع الرجوع ، فطريقان . أحدهما : القطع بتمكنه من الرجوع إلى نصفه ، لأن الملك لم يزل عنه . والثاني : أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها ، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله . أصحها : التمكن ، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة ، أجيب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطلان الرجوع والبيع . ولو طلقها وهو مدبَّر ، وقلنا : حق الزوج في القيمة ، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه ، أو بإزالة الملك عنه ، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة ، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص ، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة ، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة .

الثالث : لو علقت عتق العبد على صفة ، فهل يمنع الرجوع ؟ قيل : إن قلنا : التدبير يمنع ، فالتعليق أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة التعليق . وقيل : إن لم يمنع

---

(١) كلمة الأول زيادة من نسخ الظاهرية .

التدبير ، فالتعليق أولى ، وإلا فوجهان ، لأن التدبير قربة محضة ، والتعليق يراد به منع أو حث ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد ، وبالأول قطع البغوي وقال : المذهب منع الرجوع . ولو أوصت للعبد بعتقه ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع ؟ وجهان . أصحهما : لا .

الرابع : إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف ، فرجع ، بقي النصف الآخر مدبراً على الصحيح . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه ينتقض التدبير في جميعه .

الخامس : إذا قلنا : التدبير يمنع التشطر ، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابضا ، ثم دبّره المشتري ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، وأصحهما : لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ .

المسألة الثالثة : سبق في « كتاب الحج » خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة ؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده ؟ وهل يملكه بالإرث ؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم ، ثم ارتدت ، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح ، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الارث ، لأنه لا اختيار له فيه . وإن طلقها قبل الدخول ، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره ؟ إن قلنا : باختياره فليس له الاختيار ما دام محرماً ، فإن فعل ، كان كشرائه . وإن قلنا : بنفس الطلاق ، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان . أحدهما : لا . وينتقل إلى القيمة ، لأن المحرم لايملك الصيد باختياره ، والطلاق باختياره . وأصحهما : العود ، لأن الطلاق لاينشأ لاجتلاب الملك ، فأشبه الارث ، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة ، لزمه إرساله ، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد ، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة ، وهو وجه ذكرناه في « الحج » ، تفريعاً على أن المحرم يرث الصيد ،

وحكينا عن بعضهم ، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث ، ولافرق بين البابين . وإذا عاد النصف بالطلاق ، وقلنا : يجب الارسال ولايزول الملك ، فلايمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل ، فخرّج محرّجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي . إن قدمنا حق الله تعالى ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة ، وإن قدمنا حق الآدمي ، لم يجب الإرسال . فإن تلف في يده أو يدها ، فعليه نصف الجزاء . وإن سوّينا ، فالخيرة إليها . فإن اختار الإرسال ، غرم لها النصف ، وإلا بقي مشتركا بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء ، وهذا التخريج ضعيف ، لأن الخلاف في الازدحام على شيء واحد ، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة ، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه . وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره ، وجب أن يمنع ، وبهذا قطع الشيخ أبو علي ، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالموسر كسراية العتق .

الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ، ونصدّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى : (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسُّوهن وقد فَرضْتمُ لهنّ فريضةً ، فنصفُ مافَرضْتُم إلاّ أن يعفون أو يعفُوَ الذي بيَدِه عقدة النكاح) [البقرة :٢٣٧] . ومعنى الآية ، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق ، إلا أن تعفو الزوجة وتتبرّع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج . وفيمن بيده عقدة النكاح ، قولان . القديم : أنه الولي ، والمعنى : إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلًا للعفو . والجديد : أنه الزوج ، والمعنى : أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق .

القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع . فالواجب عند الطلاق قبل الدخول ، دين أو عين ، والدين قد يكون في ذمته ، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف

عندها ، فينظر ، إن تبرع مستحق الدين باسقاطه ، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والترك . وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك ، صريح أو كناية ؟ ولاحاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح ، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتمليك ، وفيها وجه حكاه ابن كج . والصحيح الأول . وهل يفتقر اللفظان إلى القبول ؟ وجهان . أصحها : لا ، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر ، فالطريق أن ينقل[١] ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه ، فانه ابتداء هبة ، ولاينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته . لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج ، وقلنا : لايشترط إلا باختياره ، فقال : عفوت ، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة ، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته . أما اذا كان الصداق عيناً ، فالتبرع فيها هبة . فان كانت في يد المتبرع ، اشترط الإيجاب والقبول والقبض . وإن كانت في يد الآخر ، فهو هبة لمن المال في يده ، فتعتبر مدة إمكان القبض . وفي افتقاره إلى إذن جديد ، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في « كتاب الرهن » . وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج ، فذلك قد يكون بعد قبضها ، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق . وعلى التقدير الثاني ، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض اذا قلنا : الصداق في يده مضمون ضمان العقود ، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتمليك ، ولاينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب . وحكى الحناطي فيها[٢] وجهين . وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن ، هذا في تبرعها وتبرعه

---

(١) في الأصل : « أن ينفذه » وفي نسخة أخرى : أن ينقده ، والصواب ما أثبتنا .

(٢) في الأصل : « فيها » وهو خطأ .

إذا ملكناه بنصف الطلاق ، فأما اذا قلنا : له خيار التملك ، فيعتبر لفظ العفو في اسقاط الخيار ويبقى الجميع لها .

القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها ؟ قولان بناءً [1] على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح ؟ الجديد : المنع ، والقديم : الجواز بخمسة شروط . أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكراً عاقلة صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هذا هو المذهب تفريعاً على القديم . وفي وجه : له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيدة ، وقبل الطلاق اذا رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً . والصحيح الأول . ولو زوجها الأب ومات ، ففي صحة عفو الجد وجهان ، لان الصداق لم يثبت به لكنه ولي . ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو ، صحت المخالعة ، قاله المتولي وغيره . وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان . والأول أشبه .

فصل

وهبت لزوجها الصداق المعين ، فطلقها قبل الدخول ، فقولان . أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح [عند البغوي] [2] أنه لايرجع عليها بشيء . والثاني : وهو الأظهر عند الجمهور ، منهم العراقيون ، والإمام ، والروياني : يرجع بنصف بدله المثل [أ] [3] والقيمة . وقيل : إن وهبته قبل القبض ، لم

---

(١) في الأصل : بنى .

(٢) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

(٣) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

يرجع قطعاً . والمذهب طرد القولين ، سواء قبضته أم لا . ولو كان الصداق ديناً فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب . ولو وهبت له الدين ، فالمذهب أنه كالإبراء . وقيل : كهبة العين . ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فكهبة العين . وقيل : له الرجوع قطعاً بناء على أنه لايتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها . ولو وهبت له الصداق ، ثم ارتدت قبل الدخول ، أو فسخ أحدهما بعيب ، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق . ولو باع عبداً بجارية ، ووهب الجارية لبائعها ، ثم وجد بائعها بالعبد [عيباً] [1] فأراد رده بالعيب ، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق ، ويجريان في تمكنه [من] [2] طلب الأرش لو رأى عيباً بعد هلاك العبد ، أو حدث به عيب يمنع الرد . وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم [3] وعتق ، هل [له] [4] مطالبة السيد بالايتاء ؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع ، ثم أفلس بالثمن ، فللبائع المضاربة مع الغرماء بلا خلاف ، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن . وفي الصورة السابقة ، الموهوب هو المستحق ، فالهبة تعجيل على قول . وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلس . ولو ادعى عيناً وأخذها ببينة ثم وهبها المدعى عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال ، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين أخذاً من هبة الصداق . والثاني :

---

(١) في الأصل : رداً .

(٢) في الأصل : في .

(٣) النجوم : الحق المقسط على المكاتب .

(٤) زيادة من نسخ الظاهرية .

القطع بالمنع ، لأن المدعى عليه لايقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة .

قلت : هذا الثاني هو الصحيح . والله أعلم

فرع

وهبت الصداق للزوج ، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق ، فوجهان . أحدهما : فساد الهبة ويبقى الصداق ملكاً لها . فإن طلق ، تشطر . والثاني : يصح ولا رجوع بالطلاق ، كما لو عجل الزكاة ، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمنع الرجوع ؟ إن قلنا : تمنع ، فهذا تصريح بمقتضاها[1] ، فيصح ولا رجوع ، وإلا فتفسد بالشرط الفاسد .

فرع

وهبته نصف الصداق ، فطلق قبل الدخول . فإن قلنا : هبة الكل لاتمنع الرجوع ، فهنا أولى ، وإلى ماذا يرجع ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها[2] : إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة . والثاني : إلى نصف الباقي . والثالث : يتخير ، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة ، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة . وإن قلنا :

---

(١) في الأصل : بمقتضاه .

(٢) في الأصل : أظهرهما .

هبة الكل تمنع الرجوع ، فهل يرجع بالنصف الباقي ، أم بنصف الباقي ، أم لايرجع بشيء ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث وهو نصه في « المختصر » ، فحصل في المسألة خمسة أقوال . ولو كان الصداق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها ، قال المتولي : إن قلنا : لو أبرأت عن الجميع يرجع ، فهنا يسقط عنه النصف الباقي . و [أيضاً] [1] إن قلنا : لايرجع بشيء ، فهنا وجهان . أحدهما : يحسب عليه . والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده ، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق . ولو أبرأه عن عشر الثمن ، واطلع على عيب قديم ، وحدث عنده عيب ، وأرش العيب القديم العشر ، فالمذهب أنه يطالب بالأرش .

فصل

خالعها قبل الدخول على غير الصداق ، فله المسمى ولها نصف الصداق . وإن خالعها على جميع الصداق ، فقد خالع على ماله ومالها ، لعود [2] النصف إليه بالخلع ، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه ، وفي نصيبها قولا تفريق الصفقة . إن لم نصحح ، بقي لها عليه نصف الصداق . وفيما له عليها قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : مثل الصداق أو قيمته . وإن صححنا التسمية في نصيبها ، قال الإمام وغيره : يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق . فإن فسخ ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى . وإن جاز ، فعلى القولين

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : ثم يعود .

المذكورين في البيع ، أن يجبر ماصح العقد فيه بكل الثمن ، أم بالقسط إن قلنا : بالكل ، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه . وإن قلنا : بالقسط ، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : بمثل نصف الصداق أو قيمته . وإن خالعها على نصف الصداق ، نظر ، إن قال : بالنصف الباقي لك بعد الفراق ، صح وبرىء عن جميع الصداق إن كان ديناً ، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً . وإن أطلق ، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين ، هل ينزّل على النصف الذي له ، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبها ويكون كما لو قيد بنصفها ؟ وأظهرهما عند الأكثرين : يشيع لإطلاق[1] اللفظ ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصيبها القولان . إن لم يصح ، بقي لها عليه نصف الصداق ، وله عليها مهر المثل على الأظهر ، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر . وإن صح في نصف نصيبها ، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر[2] وعوض الخلع ، ثم أحد القولين أنه لايستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه . وأظهرهما : أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر ، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول . ومن الأصحاب من يقول : كل الصداق لها حتى يتفرقا ، فيصح أن نجعله[3] أو بعضه عوضاً ، ثم إذا تفرقا بالخلع ، سقط النصف ، فهو كما لو خالعها على عين وتلف نصفها قبل القبض ، فيرجع بمهر المثل في قول ، وبدل التالف في قول .

---

(١) في الأصل : الاطراق .

(٢) في الأصل : التشرط .

(٣) في الأصل : جعله .

فرع

عن ابن سريج ، قالت : خالعني على أن لاتبعة لك عليَّ في المهر ، صح . ومعناه : على ما سلم [لي][1] من المهر .

الباب الخامس
في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها ، والفرقة ضربان . فرقة تحصل بالموت ، فلا توجب متعة بالإجماع ، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق . فإن كان قبل الدخول ، نظر ، إن لم يشطر[2] المهر ، فلها المتعة ، وإلا ، فلا على المشهور . وإن كان بعد الدخول ، فلها المتعة على الجديد الأظهر . وكل فرقة من الزوج لا بسبب فيها ، أو من أجنبي ، فكالطلاق ، مثل أن ارتد أو أسلم أو لاعن ، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن ، أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة ، والخلع كالطلاق على الصحيح . ولو فوض الطلاق إليها فطلقت ، فكتطليقه . ولو علق الطلاق بفعلها ، ففعلت ، أو آلى منها ، ثم طلق بعد المدة بطلبها ، فكالطلاق على الصحيح .

قلت : ويجيء هذا الوجه في تطليقها . والله أعلم

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في الأصل : يشرط ، وهو خطأ .

ولو ارتدا معاً ، فلا متعة على الأصح . وكل فرقة منها أو لسبب فيها ، لامتعة فيها ، كردتها وإسلامها ، وفسخها بإعساره ، أو عتقها ، أو تغريره[1] ، أو عيبه ، أو فسخه بعيبها . ونقل المزني إثبات المتعة إذا فسخت بالتعيين ، فجعله بعضهم قولاً آخر ، وأنكره الجمهور . ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي ، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح ، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها . ولو اشترى زوجته ، فلا متعة على الأظهر . وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج ، وجب ، وإن استدعاه السيد ، فلا .

فرع

يسوى في المتعة ، المسلم ، والذمي ، والحر ، والعبد ، والحرة ، والذمية ، وهي في كسب العبد ، ولسيد الامة كالمهر .

فصل

المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً ، نص عليه في « المختصر » . وفي القديم : ثوباً قيمته ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها خادماً ، وإلا فمقنعة ، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً ، وليس هو اختلافاً ، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا : أقل المستحب ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها بخادم إن كان موسراً ، وبمقنعة إن كان معسراً . وإن كان متوسطاً ، فبقدر ثلاثين درهماً . وأما الواجب ، فإن تراضيا بشيء ، فذاك . وحكى الحناطي وجهاً : أنه ينبغي أن يحلل كل منها

---

(١) في الأصل : بغبره ، وهو خطأ .

صاحبه . فإن لم يفعلا ، لم يبرأ الزوج ، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدّرها . والصحيح الاول . وإن تنازعا ، فهل يكفي أقل مايتمول ، أم يقدره الحاكم باجتهاده ؟ وجهان . الصحيح الثاني . وهل يعتبر بحاله ، أم بحالها ، أم بحالهما ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وهل يجوز أن تزاد المتعة على نصف مهرها ، أم يشترط أن لاتزيد ، أم يشترط أن لاتبلغ نصفه ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول ، لإطلاق الآية ، وبهذا قطع البغوي وغيره .

الباب السادس
في النزاع في الصداق

وفيه مسائل .

الأولى : إذا اختلف[1] الزوجان في قدر الصداق أو صفته ، كالصحة والتكسر ، والأجل وقدره ، تحالفا كالبيع ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، أو بعد انقضاء الزوجية ، أو اختلف وارثاهما أو أحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات ، ويحلّف الوارث في الإثبات على البت ، وفي النفي على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور . وقيل : يحلف فيه على البت ، لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسمائة ، فهو قاطع بأنه ماجرى بألف . فإذا ثبت جريانه بخمسمائة ، فلا معنى لقوله : لا أعلمه نكح بألف . وكيفية اليمين ومن يبدأ به ، كما سبق في البيع . فإذا تحالفا ، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل ، وقد سبق في البيع وجه : أنه ينفسخ بنفس التحالف ، فليجيء هنا مثله ، وليكن

---

(١) في الأصل : اختلفا .

القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً على ما سبق في البيع . وقد صرح بجميع هذا الحناطي ، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل ، زاد على ماتدعيه المرأة أم لا . وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته ، والصحيح الاول . هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فإن قلنا : لاينفسخ ، لم يخف ما يحل لها .

الثانية : ادعت مسمى ، فأنكر الزوج أصل التسمية ، فوجهان . أحدهما : القول قوله بيمينه . وأصحها : يتحالفان لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي المسمى ، فحاصله الاختلاف في قدر المهر ، فيتحالفان . وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ماتدعيه أكثر من مهر المثل . ولو أنكرت تسمية مهر وادعاها الزوج ، فهل القول قولها ، أم يتحالفان ؟ القياس مجيء الوجهين . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت ، والآخر التسمية ، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر أنه لم يجر المهر ذكر ، فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

الثالثة : إذا حكمنا بالتحالف ، فحلف أحدهما ونكل الآخر ، حكمنا للحالف . ومن أقام بينة ، حكمنا بها . ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر ، فوجهان . أحدهما : يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة . والثاني : يتعارضان إذا قلنا بالتساقط ، فكأن لابينة ، فيتحالفان . وإن قلنا بالقرعة ، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين ؟ وجهان .

الرابعة : ادعت النكاح ومهر المثل ، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر ، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر ، حكى

الغزالي فيه وجهين . أحدهما وينسب إلى القاضي حسين : يثبت لهـــا المهر إذا حلفت ، لأن الظاهر معها ، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة . وأصحها عند الغزالي : أنه لايثبت مهر مثلها بيمينها ، بل يتحالفان ، لأنه قد ينكحها بأقل مايتمول ، وهذا الذي فرضه لايكاد يتصور ، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات مايزعمه ، ونفي مازعمه صاحبه . والمفروض[1] من جهة الزوج ، إنكار مطلق ، فلا معنى للتحالف . ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا ، بل قال : قال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج وعليها البينة ، والحق أنه لايسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان . فإن ذكر قدراً وادعت زيادة ، تحالفا . وإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها وقضي لها بها . قال الروياني : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا ، وهو القديم . ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل ، وقال الزوج : لا أدري ، أو سكت ، قال الإمام : ظاهر ماذكره القاضي ، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل . قال : والذي يقتضيه قياس المذهب ، أن دعواها متوجهة بذلك القدر ، ولايسمع منه التردد ، بل يحلف على نفي ماتدعيه . فإن نكل ، ردت اليمين عليها وقضي بيمينها . ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه ، أنه لو قال : هذا ابني من فلانة ، استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت ، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً ، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم [هو] الذي يحصل منه الولد النسيب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر . وقياس ظاهر المذهب ، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته . فإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها .

---

(١) في الأصل : والمفوض .

فرع

قال المتولي : لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، لم يتحالفا ، بل يحلف الوارث على نفي العلم . فإذا حلف ، قضي لها بمهر المثل .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، حكاه الإمام عن القاضي حسين ، ثم قال : هو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة ، يحلف الوارث ، والقدر الثابت على قطع هو أقل مايتمول ، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي ، وقد نص عليه قبلها القفال شيخ طريقة خراسان ، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من « الدعوى والبينات » ، ولم يذكر فيه خلافاً ، ولم أر لأحد من الاصحاب خلافاً ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى ، كعدمه من أصله ، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص . والله أعلم

الخامسة : اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، فقال الولي : زوجتكها بألفين ، فقال : بل بألف ، فوجهان . أصحها عند الأصحاب : يتحالفان . والثاني : لا ، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان ، ويجوز أن يحلف الزوج ، ويوقف يمينها إلى بلوغها . وإذا قلنا : يحلف الولي ، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل . وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل ، فلا تحالف ، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي . ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل ، وادعى الولي زيادة عليه ، لم يتحالفا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل ، بل يأخذ الولي مايقوله الزوج . ولو ادعى الولي مهر المثل أو

أكثر ، وذكر الزوج أكثر من ذلك ، فهل يتحالفان ، أم يؤخذ بما قاله الزوج ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة ، يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليـــا الزوجين الصغيرين . ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف ، حلفت هي ولا يحلف الولي . وادعى البغوي الاتفاق عليه . ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها ، فالصحيح أنها هي التي تحلف . وقيل : يحلف الولي لأنـه العاقد ، قاله القاضي أبو الطيب وغيره . ومن قال بهذا ، لايسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها . والخلاف في حلف الولي يجري في الوكيل في النـكاح ، وفي وكيل البائع مع المشتري ، ووكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيليها ، ومنهم من رتب وقال : إن لم يحلف الولي ، فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

فرع

إذا قلنا : يحلف الولي فنكل ، فهل يقضى بيمين صاحبه ، أم يوقف حتى تبلغ الصبية وتفيق المجنونة فلعلها تحلف ؟ فيه وجهان نقلها الحناطي .

فرع

جميع ما ذكرنا في هذه المسألة ، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، أما ما لا يتعلق به ، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل ، فأنكر المدعى عليه ونكل ، فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي ، أم لا لأنه لايتعلق بانشائه ؟ وجهان . أصحها : الثاني . وعلى هذا لايقضى بالنكول ، بل يتوقف حتى يبلغ الصبي . وفي وجه : لاتعرض اليمين على المدعى عليه ، ويتوقف في أصل

الخصومة . وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به ، فقال الخصم : كنت قضيتُه ، أو أبرأني مورثه ، أنه لا يحلف الولي ، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك . ولو أقر القيم بما قاله الخصم ، انعزل وأقام القاضي غيره . ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر ، حلف .

السادسة : ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف ، ونكحها يوم السبت بألف ، وطلبت الألفين ، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة ، ويخلعها[١] ثم ينكحها يوم السبت ، وإذا ثبت العقدان بالبينة ، أو باقراره ، أو بيمينها بعد نكوله ، لزمه الألفان ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة ، ولا لحصول الأصل ، لأن كل عقد منهما ثبت مسماه والأصل بقاؤه . فان ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً ، لم يقبل . وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك ؟ وجهان حكاهما في « العدة » أصحهما : له . فان ادعى على أنه لم يصبها في النكاح الأول ، صدق بيمينه ، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف ، وتكون معه بطلقتين . ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة ، صدق بيمينه ، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضاً . ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف ، وطالبه بالثمنين ، لزمه الثمنان[٢] إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

السابعة : رجل يملك أبوي حرة ، فنكحها على أحدهما معيناً[٣] ، ثم اختلفا ، فقال :

---

(١) في نسخ الظاهرية : بأن يطأها يوم الجمعة ثم يخلعها .
(٢) في الأصل : المثمنان .
(٣) في الأصل : معيباً ، وهو تصحيف .

أصدقتك أباك فقالت : بل أمي ، فوجهان . أصحها : يتحالفان . والثـــاني : يصدق الزوج بيمينه في أنه لم يصدقها أمها ، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب ، ولها مهر مثلها ، ويعتق الأب باقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار ، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة ، لأنها لم تفوت عليه شيئاً ، فصار كما لو قال لرجل : بعتك أباك فأنكر ، عتق عليه باقراره . إن قلنا بالتحالف فحلفـا ، عتق الاب باقرار الزوج ، ولها مهر مثلها ، وليس عليها قيمة الاب ، وولاؤه موقوف ، لأن الزوج يقول : هو لها ، وهي تنكره . وإن حلفت دونه ، عتق الأبوان . أما الاب ، فبإقراره ، وأما الأم ، فلأنا حكمنا بكونها صداقاً ، وليس عليها قيمة واحدة منها . وإن حلف دونها ، رقت الأم ، وعتق الأب ، وولاؤه موقوف . وإن لم يحلف واحد منها ، عتق الاب ، ولا تتمكن هي من طلب المهر ، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد ، كان كمن لم يدع شيئاً . ولو قـال الزوج : أصدقتكِ أباكِ ونصف أمك وقالت : بل أصدقتني كليها ، تحالفا بلا خلاف ، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق . فاذا حلفا ، فلها مهر المثل وتعتق ، وعليها قيمته لاتفاقها أنه عتق عليها بحكم الصداق ، فلما تحالفا بطل الصداق ، ولا سبيل إلى رد العتق فوجبت القيمة ، كما لو اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اختلفـــا في الثمن وتحالفا . وأما الام ، فيعتق عليها نصفها . فان كانت موسرة ، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة مايعتق منها ، ويجيء التقاص .

ولو حلف الزوج دونها ، عتق الاب ونصف الام ، ولا سراية إن كانت معسرة ، ولا شيء لها ولا عليها ، لانا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الاب ونصف الام . ولو حلفت دونه ، حكم بكونها صداقاً وعتقاً ، ولا شيء عليها . ولو قالت . أصدقتني الام ونصف الاب ، فقال : لا بل الاب ونصف الام ، تحالفا . فاذا حلفا ،

فلها مهر المثل ، ويعتق من الاب نصفه لاتفاقهما ، ونصفه باقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه . وأما الام ، فيعتق نصفها باتفاقهما ، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة ، وعليها قيمة ماعتق منها .

الثامنة : اختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها بيمينها ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده . فلو اتفقا على قبض مال ، فقال : دفعته صداقاً وقالت : بل هدية . فان اتفقا على أنه تلفظ واختلفا ، هل قال : خذي هذا صداقاً أم قال : هدية ؟ فالقول قوله بيمينه . وإن اتفقا أنه لم يجر لفظ ، واختلفا فيما نوى ، فالقول قوله بيمينه أيضاً . وقيل : بلا يمين ، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره ، طعاماً أم غيره . فاذا حلف الزوج ، فان كان المقبوض من جنس الصداق ، وقع عنه ، وإلا فان رضيا ببيعه بالصداق ، فذاك ، وإلا استرده وأدى الصداق . فان كان تالفاً ، فله البدل [١] عليها وقد يقع في التقاص .

[ولو] بعث إلى بيت من لادين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه ، فالقول قول المبعوث إليه .

التاسعة : ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة ، أو السفيهة ، سمعت دعواه . وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة ، لم يسمع الدعوى عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، وسواء البكر والثيب . وفي البكر وجه ، [و] [٢] الخلاف مبني على أن الولي ، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة ؟ والمذهب منعه . وفيه قول أو وجه . ومنهم من لم يثبته وقطع بالاول . وإذا قلنا بالمذهب ، فاستأذنها

---

(١) في الأصل : البذل ، وهو تصحيف .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

فسكتت [١] ، لم يستفد بسكوتها الاذن في القبض ، وقياس القول أو الوجه الضعيف ، أن يستفيده وإن نهت عنه كتزويجها .

العاشرة : وقع الاختلاف في غير المنكوحة ، فهو اختلاف في عقدين ، القول في كل منها قول النافي . وإن قال : نكحت هاتين بألف ، فقالت إحداهما أو وليها : بل نكحت هذه فقط بألف ، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها . وأما الاخرى ، فالقول قول المنكر .

فصل

يتعلق بكتاب الصداق

أصدقها جارية ، ثم وطىء الجارية عالماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام . وإن كان قبل الدخول ، فلاحد . وعللوه بشيئين . أحدهما : لايبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام . والثاني : اختلاف العلماء ، فإن مالكاً رحمه الله تعالى قال : لاتملك قبل الدخول إلا نصف الصداق . فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد ، فعلى التعليل الأول يحدّ . وعلى الثاني ، لا وحيث قلنا : يحد ، فأولدها ، فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة . وحيث قلنا : لايحد ، فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

---

(١) في الأصل : فسكت وهو خطأ .

فصل

خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة ، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني ، يتشطر المهر عندنا . وقال أبوحنيفة رحمه الله تعالى: يجب جميعه ، وبالله التوفيق .

باب الوليمة

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى ، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث ، من نكاح أو ختان أو غيرهما . لكن الأشهر استعمالها عند[1] الإطلاق في النكاح ، وتقيد في غيره ، فيقال : وليمة الختان وغيره ، ويقال لدعوة الختان : إعذار ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة من الطلق : خُرس . وقيل : الخرس لطعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة، ولإحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة : وضيمة ، ولما يتخذ بلا سبب : مأدُبة .

قلت : الاعذار بالعين المهملة ، وبالذال المعجمة . والخرس ، بضم الخاء المعجمة ، وبالسين المهملة ، ويقال : بالصاد . المأدبة ، بضم الدال وفتحها . والوضيمة ، بكسر الضاد المعجمة . وقول الاصحاب : النقيعة لقدوم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدوم عليهم ؟ وفيه خلاف لاهل اللغة . فنقل الازهري عن الفراء ، أنه القادم . وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يُصنع للقادم وهو الاظهر . والله أعلم

---

(١) في الأصل : عن .

وفي وليمة العرس قولان ، أو وجهان . أحدهما : أنها واجبة ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « أولم ولو بشاة » . وأصحها : أنها مستحبة كالاضحية وسائر الولائم ، والحديث على الاستحباب ، وقطع القفال بالاستحباب ، وأما سائر الولائم ، فمستحبة ، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور ، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح . قال المتولي : وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً ، لان الشافعي [١] رحمه الله قال بعد ذكرها : ولا أرخص في تركها .

فرع

أقل الوليمة على ماذكره ابن الصباغ وغيره ، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن ، اقتصر على مايقدر عليه .

فرع

وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الاظهر . وقيل : على الاصح ، صححه العراقيون والروياني وغيرهم ، للأحاديث الصحيحة « من دعي إلى وليمة فليأتها » . والثاني : أنها مستحبة . وأما غير وليمة العرس ، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة . وقيل : بطرد الخلاف في الوجوب . وإذا أوجبنا الإجابة ، فهي فرض عين على الاصح . وقيل : فرض كفاية . ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط . منها : أن يعم عشيرته أو جيرانه ، أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، دون ما إذا خص الاغنياء . ومنها : أن يخصه بالدعوة بنفسه ، أو يبعث إليه شخصاً . فأما إذا فتح باب داره وقال : ليحضر من أراد ، أو بعث شخصاً : ليحضر من شاء ، أو قال لشخص : احضر وأحضر

---

(١) في الأصل : قولان للشافعي .

معك من شئت ، فقال لغيره : احضر ، فلا تجب الإجابة ولا تستحب . ومنها : أن لايكون إحضاره لخوف منه ، أو طمع في جاهه ، أو ليعاونه على باطل ، بل تكون للتقرب ، أو التودد . ومنها ، أن يدعوه مسلم . فإن دعاه ذمي فهل هو كالمسلم أم لاتجب قطعاً ؟ طريقان . أصحها : الثاني . ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم ، لانه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد ، وتكره مخالطة الذمي وموادته . ومنها : أن يدعو في اليوم الاول . فلو أولم ثلاثة أيام ، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة ، وفي الثاني لاتجب قطعاً ، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الاول .

فرع

إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة ، فرضي بتخلفه ، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف .

فرع

دعاه جماعة ، أجاب الاسبق ، فإن جاءا معاً ، أجاب الاقرب رحماً ، ثم الاقرب داراً كالصدقة . ومنها : أن لايكون هناك من يتأذى بحضوره ، ولا يليق به مجالسته . فان كان ، فهو معذور في التخلف . وأشار في « الوسيط » إلى وجه فيه . ومنها : أن لايكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي . فان كان ، نظر ، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر ، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر ، وإلا فوجهان . أحدهما : الاولى أن لايحضر ، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه ، كما لو كان يضرب المنكر في جواره ، فلا يلزمه التحول وإن

بلغه الصوت ، وعلى هذا جرى العراقيون . والثـــاني وهو الصحيـح : يحرم الحضور لانه كالرضى بالمنكر وإقراره .

قلت : الوجه الاول غلط ، ولا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه ممن ذكره . **والله أعلم**

فاذا قلنا بالثاني ، فلم يعلم حتى حضر ، نهاهم ، فان لم ينتهوا ، فليخرج . وفي جواز القعود وجهان .

قلت : أصحها : التحريم . **والله أعلم**

فان لم يمكنه الخروج ، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج ، قعد كارهاً ولا يستمع . ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، لم ينكره ، لانه مجتهد فيه . فان كان حاضره ممن يعتقد تحريمه ، فكالمنكر المجمع على تحريمه . وقيل : لا .

فرع

ومن المنكرات ، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران ، والثياب الملبوسة ، والستور المعلقة ، والوسائد الكبار المنصوبة ، ولا بأس بما على الارض ، والبساط الذي يداس ، والمخاد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والخوان ، والقصعة . ولا بأس بصور الاشجار ، والشمس ، والقمر . وفي وجه : يكره صورة الشجر . ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس ، فلا بأس به على الصحيـح ، ومنعه المتولي . وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام

أم مكروه[1] ؟ وجهان . وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد ، وبالكراهة قال صاحب « التقريب » والصيدلاني ، ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » . ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس ، فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب . وكذا لابأس بدخول الحمام الذي على بابه صور ، كذا قاله الاصحاب .

فرع

يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق أجرة . وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد لانها قد لاتلبس ، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث « لعن الله المصورين » .

قلت : الصحيح التحريم ، والحديث صحيح . **والله أعلم**

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الارض ونحوها ، وكأن من قال بالمنع . قال : ليس له أن يصور ، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه .

قلت : الصحيح تحريم التصوير على الارض وغيرها . **والله أعلم**

فصل

الصوم ليس عذراً في ترك اجابة الدعوة . فاذا حضر الصائم ، ان كان صوم

---

(١) في الأصل : مكروهة .

فرض مضيق الوقت ، حرم الفطر . وان كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، فان لم نجوز الخروج منه ، حرم الفطر ، والا [فقيل] [١] هو كصوم النفل . وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه ، لان ذمته مشغولة . وان كان صوم نفل ، فان لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه ، استحب اتمام صومه ، وان شق عليه ، استحب الفطر . أما المفطر ، ففي أكله وجهان . أحدهما : يجب وأقله لقمه ، وأصحها : أنه مستحب .

فصل

دعاه من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكره معاملته . فان علم أن عين الطعام حرام ، حرمت إجابته .

فصل

المرأة إذا دعت النساء ، كما ذكرنا في الرجال . فإن دعت رجلًا أو رجالاً ، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة .

قلت : قال إبراهيم المروزي : لو دعته أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم يخل به ، بل جلست في بيت ، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبها مخافة الفتنة . والله أعلم

---

(١) زيادة من احدى نسخ الظاهرية .

فصــل

في مسائل تتعلق بالضيافة

إحداها : للضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً ، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره ، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً . وفي « الوسيط » أنه لابد من لفظ وهو شاذ ضعيف ، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم ، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب ، وكذلك يجوز الشرب من الحباب الموضوعة على الطرق ، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب . وقال المتولي : تقديم الطعام ، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته . فإن لم يسبق دعوة ، فلا بد من الإذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً ، وقرينة التقديم لاتختلف لسبق الدعوة وعدمه .

قلت : الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ ، سواء دعاه أم لا ، بشرط أن لايكون منتظراً غيره كما سبق . وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته ، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لايكره ذلك منه . والله أعلم

الثانية : هل يملك الضيف ما يأكله ؟ وجهان . قال القفال : لا بل هو إتلاف بإذن المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل. وقال الجمهور : نعم . وبم يملك ؟ فيه أوجه . قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بالأخذ ، وقيل : بوضعه

في الفم ، وقيل : بالازدراد [١] يتبين حصول الملك قبيله . وضعف المتولي ماسوى الوجه الأخير . وعلى الأوجه ينبني التمكن من الرجوع .

قلت : قال صاحب « البيان » : إذا قلنا : يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم ، فهل للآخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك ؟ وجهان . الصحيح [وقول الجمهور] [٢] لايجوز كما لايعير المستعار . وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : يجوز أن يفعل مايشاء من البيع والهبة وغيرهما ، لأنه ملكه . قال ابن الصباغ : هذا لايجيء على أصلها . والله أعلم

الثالثة : ليس للضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل ، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً ، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به ، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة . فإن شك في وقوعه في محل المسامحة ، فالصحيح التحريم ، وليس للضيف إطعام السائل والهرة ، ويجوز أن يلقم الأضياف [٣] بعضهم بعضاً ، إلا إذا فاوت بينهم في الطعام ، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم ، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك .

الرابعة : يحرم التطفل ، واستثنى المتولي وغيره فقالوا : إذا كان في الدار ضيافة ، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لايشق عليه .

---

(١) في الأصل : بالازدراء إذ .

(٢) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٣) في الأصل : الأصناف .

فصل

في آداب لأاكل

منها : أن يقول أولاً : باسم الله ، فإن نسي قال إذا تذكر : بسم الله أوله وآخره ، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ، وأن يأكل بأصابعه الثلاث ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً ، ويقول : « أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائمون . وصلت عليكم الملائكة» . ويكره أن يأكل متكئاً ، وأن يأكل مما يلي آكليه ، وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه ، ولاباس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما ، وأن يأكل بشماله ، وأن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه . ولايكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد على حالة السير .

قلت : هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير ، قد قاله ابن قتيبة والمتولي ، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا . والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى ، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في « صحيح مسلم » .

وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً ، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث . وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة ، أوضحت جوابها في شرح « صحيح مسلم » . ويكره الشرب من فم القربة . ومن آداب الأكل : حمد الله تعالى في آخره . وكذلك في آخر الشرب فيقول : « الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودَّع ، ولامستغنى عنه ربنا» . ثبت ذلك في « صحيح البخاري » عن النبي ﷺ أنه كان يقوله ، وقد جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره ، وقد جمعت

مقاصدها في كتاب « أذكار الطعام » من كتاب « الأذكار » ، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه ، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة . وقوله : ربنا ، يجوز بالرفع على الابتداء ، وبالنصب على الاختصاص أو النداء ، وبالجر على البدل من قوله : الحمد لله . وإذا أكل جماعة ، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه ، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة ، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء . ويستحب أن يلعق القصعة ، وأن يلعق أصابعه ، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، للأحاديث الصحيحة في ذلك . والأولى أن لا يأكل الشخص وحده ، وأن لا يرتقع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة ، كدواء ، ونحوه ، وأن يمد الأكل مع رفقته مادام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام ، كقطعة لحم وخبز لين ، أو طيب ونحو ذلك ، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام ، وهي مستحبة لكل آكل ، حتى الحائض والنفساء . وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً ، ليقتدى به فيها ، وليتنبه غيره لها [1] ويستحب لكل واحد من الجماعة ، أن يسمي . فإن سمى واحد من الجمع ، أجزأ عن الباقين ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقد ذكرته في « كتاب الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي ، وهو شبيه برد السلام ، وتشميت العاطس ، فإنه يكفي قول أحد الجماعة . ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً ، أو لعارض آخر ، ثم تمكن في أثناء أكله ، سمى ، كما لو نسيها ، وسبق مثله في الوضوء ، والتسمية في المشروب كالمأكول . ولا بأس

---

(١) في الأصل : فيها .

بقوله : لا أشتهي هذا الطعام ، أو ما اعتدت أكله ، لحديث الضب . ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل ، أن يدعو لأهل الطعام ، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه . ففي « الصحيحين » ، أن رسول الله ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ،فليكرم ضيفه » . والله أعلم

فصل

يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات . وهل يكره أم يستحب ، أم لا يستحب ولا يكره ، بل تركه أولى ؟ فيه أوجه . أصحها الثالث . والتقاط النثار جائز ، لكن الأولى تركه ، إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته ، ثم من التقط لم يؤخذ منه . وهل يملكه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين [1] والثاني : يملك اعتباراً بالعادة ، والأئمة إلى هذا الوجه أميل ، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم . فعلى الأول ، للناثر الاسترجاع . قال ابن كج : له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار ، وعليه الغرم إن أتلفه . وإن قلنا : يملك فهل يخرج عن ملك الناثر بالنثر ، أم بأخذ الملتقط ، أم بإتلافه ؟ فيه أوجه .

: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات . والله أعلم

(١) في الأصل : المعين .

ومن وقع في حجره شيء من النثار ، فإن بسطه لذلك ، لم يؤخذ منه . فان سقط منه بنفس الوقوع ، لم يبطل حقه على الأصح ، فيمنـع غيره من أخذه . وإن لم يبسطه له ، لم يملكه ، لعدم القصد والفعل . فان نفضه ، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً ، وإلا فهو أولى به من غيره ، وليس لغيره أن يأخذه . فلو أخذه غيره ، ففي ملكه وجهان جاريان ، فيما لو عشش طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره . وفيما إذا دخل السمك مـع الماء حوضه ، وفيما إذا وقـع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، وفيما إذا أحيـا ما يحجره غيره . لكن الأصح أن المحيي يملك . وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر ، لان المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره ، بخلاف هذه الصورة [١] ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه ، أو قام فسقط ، بطل اختصاصه ، كما لو طار الفرخ ، فانه يجوز لغير صاحب الارض أخذه بلا خلاف . ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه . أما من يعلم أنه لايأخذه ولا يرغب فيه ، فلا اختصاص له به ، ويجوز لغيره أخذه من حجره ، ذكره البغوي وغيره . ويكره أخذ النثار من الهواء بالملاءة والازر المربوطة برؤوس الخشب . فان أخذ كذلك ، استحقه ونثر الدراهم والدنانير ، كنثر السكر ذكره المسعودي .

قلت : ولو التقط النثار صبي ملكه ، ولو التقطه عبد ملكه سيده ، ذكره إبراهيم المروزي ، والختان في هذا كاملاك . **والله أعلم**

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : الصور .

كتاب عِشْرة النِّساء

والقسم والشقاق

فيه بابان .

الأول : في عشرتهن والقسم .

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة ، كالطاعة وملازمة المسكن وحقوقها عليه ، كالمهر والنفقة ، والكسوة ، والمعاشرة بالمعروف . قال الله تعالى : (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) [البقرة : ٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب . وقال تعالى : (وعاشروهن بالمعروف) [النساء : ١٨] قال الشافعي رحمه الله : جماع المعروف بين الزوجين ، الكف عن المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته . فأيهما مطل بتأخيره ، فمطل الغني ظلم ، قال الأصحاب : أراد بالكف عن المكروه ، الامتناع عما يكرهه صاحبه ، وبإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لايحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة . وبقوله من غير إظهار كراهة ، أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه . ومن المعاشرة بالمعروف : القسم . وفائدته : العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض ، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل . ويتضمن الباب خمسة أطراف .

الأول : في استحقاق القسم . من له زوجة واحدة ، ينبغي أن لايعطلها ، فيستحب أن يبيت عندها ويحصنها ، وأدنى الدرجات أن [لا] [1] يخلي أربع ليال عن

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

ليلة ، ولايجب عليه المبيت بحال ، لأنه حقه فله تركه . ولو كان له مستولدات أو إماء ، فلا قسم لهن[١] ، ويستحب أن لايعطلهن ، وأن يسوي بينهن . ولو كان معهن نساء ، فلا قسم بينهن وبين النساء . حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء ، فلا قسم للأخريات . وإذا كان تحته زوجتان فأكثر ، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً أنه يلزمه القسم بينهن ، ويحرم إعراضه عنهن ، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة . ولو بات عند بعضهن ، لزمه مثله للباقيات . وإذا سوى بينهن في الظاهر ، لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن ، ولا تجب التسوية في الجماع ، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاعات . ولو قسم بينهن مـدة وسوى ثم أعرض عنهن ، جاز كالابتداء .

فصل

فيمن تستحق القسم

فيه مسائل .

إحداها : تستحقه المريضة ، والرتقاء ، والقرناء ، والحائض ، والنفساء ، والمحرمة ، والمؤلى منها ، والمظاهر منها ، والمراهقة ، والمجنونة التي لايخاف منها ، لأن المراد الأنس . قال المتولي : والمعتدة عن وطء شبهة لاقسم لها ، لأنه يحرم الخلوة بها .

---

(١) في نسخ الظاهرية : فلا قسم بينهن .

الثانية : إذا نشزت عن زوجها ، بأن خرجت من مسكنه ، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته ، أو ادعت عليه الطلاق ، أو منعت التمكين ، فلا قسم لها كما لانفقة . وإذا عادت إلى الطاعة ، لم تستحق القضاء ، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة ، لكن لاتأثم .

الثالثة : إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن ، فذاك ، وإن انفرد ، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن [١] والأول [٢] أولى اقتداءً برسول الله ﷺ . فإن دعاهن ، لزمهن الإجابة . ومن امتنعت ، فهي ناشزة . وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن ؟ وجهان . وقال الحناطي : قولان . أصحهما : المنع ، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما . فإن أقرع بينهن ليدعو [٣] من خرجت قرعتها إلى منزله ، فينبغي القطع بالجواز ، كالمسافرة ببعضهن بالقرعة . ثم الوجهان ، إذا لم يكن التخصيص بعذر ، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريباً إليه ، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير ، لزمها الإجابة ، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة ، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز ، فلزمها الإجابة ، فان أبت ، بطل حقها . وإذا كان يدعوهن إلى منزله ، فمنع بعضهن شغل لها ، بطل حقها . وإن منعها من الإجابة مرض ، قال ابن كج : عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه . ولو أقام عنده واحدة منهن ، ودعا الباقيات إلى بيتها ، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة .

---

(١) في نسخ الظاهرية : نوبهن .

(٢) في الأصل : والأولى .

(٣) في الأصل : ليدع .

الرابعة : إن سافرت معه ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن سافرت وحدها من غير إذنه ، فهي ناشزة . وإن أذن ، نظر ، إن كان السفر لغرضه ، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات . وإن كان لغرضها كحج وتجارة ، سقط حقها على الجديد ، فلا قضاء لها . وقيل بالسقوط قطعاً ، وفائدة الإذن دفع الإثم .

فصل

فيمن يستحق عليه القسم

هو كل زوج عاقل ، وإن كان مراهقاً أو سفيهاً . فان جاز المراهق ، فالإثم على وليه ، وإن جاز السفيه ، فعلى نفسه ، [و] أما المجنون ، فان كان لا يؤمن منه ضرر ، فلا قسم ، وإن أمن ، فان كان قسم لبعضهن ثم جن ، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن ، كقضاء الديون . قال المتولي : وذلك إذا طلبن . فان أردن التأخير إلى إفاقته لتتم المؤانسة ، فلهن ذلك . وإن لم يكن عليه شيء من القسم ، فان رأى منه ميلاً إلى النساء ، وقال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، لزم الولي أن يطوف به عليهن ، أو يدعوهن إلى منزله ، أو يطوف به على بعضهن ، ويدعو بعضهن كما يرى . وإن لم ير منه ميلاً ، فليس عليه الطواف به . وحكى الفوراني وجهاً ، أن حق القسم يبطل بالجنون ، ولا يطالب الولي برعايته بحال ، ولا يجري الوجه فيما إذا قيلَ : ينفعه الغشيان . ولو [١] قيل : يضره ، لزمه منعه عنهن . أما من به جنون منقطع ، فان ضبط ، كيوم ويوم ، جعلت أيام الجنون

---

(١) في الأصل : أو .

كالغَيْبَه ، ويقسم في إفاقته . ولو أقام في الجنون عند واحدة ، فلا قضاء ولا اعتداد به ، كذا قاله البغوي وغيره ، وفيه إشعار بأنه لايقسم أيام جنونه . وحكى أبو الفرج وجهاً ، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة ، قضى للباقيات . وقال المتولي : يراعي القسم في أيام الافاقة ، ويراعيه الولي في الجنون ، ولكل واحدة نوبة من هذا ، ونوبة من هذا ، وهذا حسن . وإن لم تنضبط الإفاقة ، وقسم الولي لواحدة في الجنون ، وأفاق في نوبة الأخرى ، قال الغزالي : يقضي ماجرى في الجنون لنقصه .

الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه ، فيه مسائل .

إحداها : يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين ، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن . والمراد بالمسكن : مايليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد . فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة ، لايجمع بينهن في دار واحدة ولا حجرة واحدة ، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق ، فله أن يسكنهن فيها . وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفل والمرافق متميزة ، واللواتي يليق بهن البيوت الفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتاً من خان واحد ، أو دار واحدة ، ولايجمع بينهن في بيت [١] إلا بالرضى . وإذا جمعها في مسكن بالرضى ، كره وطء أحدهما بحضرة الأخرى . ولو طلب ، لم تلزمها الإجابة ، ولا تصير بالامتناع ناشزة .

الثانية : عماد القسم الليل والنهار تابع ، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها ، أو اليوم الذي بعدها ، هذا حكم عامة الناس . وأما من يعمل ليلاً ويسكن نهاراً ، كالأتُّوني والحارس ، فعماد قسمه النهار ، والليل تابع ، وعماد قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً .

---

(١) في الأصل : في بيوت .

الثالثة : مَن عماد قسمه الليل ، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلًا وإن كان لحاجة كعيادة وغيرها. وقيل : يجوز للحاجة ، وهو ضعيف ، ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف . قال في « الشامل » : هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها . وقال الشيخ أبو حامد وغيره : هي كالمرض الشديد . قال الغزالي : هي كالمرض المخوف . قال : وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً ، فيدخل لتبيين الحال . وفي وجه : لايدخل حتى يتحقق أنه مخوف . ثم إذا دخل على الضرة لضرورة ، أو مكث ساعة طويلة ، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها ، وإن لم تكن [1] إلا لحظة يسيرة ، فلا قضاء . ولو تعدى بالدخول ، إن طال الزمان ، قضى ، وإلا ، فلا ، لكن يعصي . وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلث الليل . والصحيح أن لايقدر [2] . هذا إذا لم يجامع المدخول عليها ، فإن جامعها ، عصى . وفي القضاء أوجه . أحدها : أنه أفسد الليلة ، فلا تحسب على صاحبة النوبة . والثاني : يقضي الجماع في نوبة التي جامعها . وأصحها : يقضي من نوبتها مثل تلك المدة ، ولايكلف الجماع . فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة ، فلا قضاء على هذا الوجه ، ويبقى الوجهان الأولان .

فرع

وأما النهار ، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت ، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام ، ولايدخل على

---

(١) في نسخ الظاهرية : وإن لم يمكث .

(٢) في نسخ الظاهرية : أن لا تقدير .

غيرها إلا لحاجة ، كعيادة ، وتعرّف خبر ، وتسليم نفقة ، ووضع متاع واحدة » وينبغي أن لايطيل المقام ، ولايعتاد الدخول على واحـدة في نوبة الأخريات ، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها . وإذا دخل على واحدة بغير حاجة ، ففي « التجريد » للمحاملي : أنه يجب القضاء ، وحكاه عن نصه في « الإملاء » . وإن دخل لحاجة ، فلا قضاء . هذا هو الصحيح المعروف ، وحكى الغزالي وجهين آخرين . أحدهما : أن النهار كالليل ، ومقتضى هذا الإطلاق ، أن لايدخل إلا لضرورة ، وأنه يقضي إذا دخل متعديا . وحكى ابن كـج أن أبا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولاً . والثاني : لاحجر بالنهار . ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء بلا قضاء ، ولايجوز في دخول الحاجة أن يجامع . وفي سائر الاستمتاعات وجهان . أصحها : الجواز . وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ .

فرع

من عماد قسمه النهار ، فليله كنهار غيره ، ونهاره كليل غيره في جميـع ماذكرنا .

فرع

نقل البغوى وغيره ، أنها إذا مرضت ، أو طرأ بها الطلق ، فـإن كان لها متعهد ، لم يبت [١] عندها إلا في نوبتها ، ويراعي القسم . وإن لم يكن متعهد ، بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات [٢] إن برأت . وإن ماتت ، تعذر

---

(١) في الأصل : يثيت .

(٢) في الأصل : يقضي الباقيات

القضاء . وفي القضاء لايبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولاءً ، بل [لا][1] يزيد على ثلاث ليال ، وهكذا يدور حتى يتم القضاء. ولو مرضت ثنتان ولا متعهد ، فقد يقال : يقسم الليالي عليهما ، ويسوي بينهما في التمريض ، ويمكن أن يقال : يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة .

قلت : القسم أرجح . **والله أعلم**

فرع

كان يعمل تارة بالليل ، ويستريح بالنهار ، وتارة عكسه ، فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار ، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع ، وللأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع ؟ وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الأصح المنع لتفاوت الغرض . **والله أعلم**

الرابعة : أقل نوب القسم ، ليلة ليلة ، ولايجوز ببعض[2] الليلة . وحكى ابن كج وجهاً ، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً من ليلة . وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفا ، ولايجوز لكل واحدة بعض ليلة . والصحيح المنع مطلقاً . والأفضل أن لايزيد على ليلة اقتداءً برسول الله ﷺ ، وليقرب عهده بهن كلهن . ولو قسم ليلتين ليلتين ، أو ثلاثاً ثلاثاً ، جاز ، نص عليه . وفي وجه عن أبي إسحاق : لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن .

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

(٢) في نسخة الظاهرية : تبعيض .

والصحيح الأول . ولاتجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن على المذهب . وقيل : قولان أو وجهان . فإن جوزنا الزيادة ، فوجهان . أحدهما عن صاحب « التقريب » : لاتجوز الزيادة على سبعة . والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره : تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي .

الخامسة : إذا أراد الابتداء بالقسم ، فوجهان . أحدهما : يبدأ بمن شاء . والصحيح يلزمه القرعة ، فيبدأ بالقارعة . فإذا مضت نوبتها ، أقرع بين الباقيات . ثم بين الآخرتين ، فاذا تمت النوب ، راعى الترتيب ، ولاحاجة إلى إعادة القرعة . ولو بدأ بلا قرعة ، فقد ظلم ، ويقرع بين الثلاث . فاذا تمت النوب ، أقرع للابتداء .

الطرف الثالث : في التساوي وبيان محل التفاضل .

القسم المشروع للعدل ، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداهما بشرف وغيره ، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية ، ولايجوز التفضيل إلا بشيئين . أحدهما : الحرية ، فللحرة ضعف ما للأمة ، فدورهما أثلاث . فلو طرأ عتق الأمة ، فإما أن يكون الابتداء بالحرة ، وإما بالأمة .

الحالة الأولى : بالحرة . فإما أن تعتق في نوبة الحرة ، وإما في نوبتها .

القسم الأول : في نوبة الحرة ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يعتق في القدر المشترك بين الحرة والأمة ، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرة ، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما .

الضرب الثاني : عتقت في الليلة الثانية ، فلا يلزمه الخروج ، بل له أن يبيت عند الحرة بقية الليل ، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين . فلو خرج في الحال ، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق ، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة . وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة ، فقد أحسن .

القسم الثاني : تعتق في نوبة نفسها ، فإن عتقت قبل تمام ليلتها ، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرة ، وحكى الحناطي وغيره وجهاً ، أنها لاتستحق إلا ليلة ، نظراً إلى الابتداء . وإن عتقت بعد تمام ليلتها ، لم تستحق إكمال ليلتين ، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة ، ثم يسوي بينهما . وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها ؟ حكي عن إمام الحرمين فيه وجهان . أصحها وهو الموافق لكلام الجمهور : المنع لأنه تابع .

الحالة الثانية : بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها ، صارت كالحرة فيسوي بينهما . وإن عتقت بعد تمام نوبتها ، فوجهان . أحدهما : يبيت عند الحرة ليلتين ، ثم يسوي بعد ذلك ، وبهذا قطع الإمام ، والمتولي ، والغزالي ، والسرخسي ، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال : إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرة ، أتمها واقتصر عليها ، وإن عتقت في الثانية ، خرج من عندها في الحال . وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب « المهذب » .

فرع

ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما ، أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحقت النفقة [و] في نص الشافعي رضي الله عنه إشارة إليه ، وقد بينا في « كتاب النكاح » متى تجب نفقتها .

فرع

إسقاط حق القسم بهبته للزوج ، أو لضرة الأمة لا للسيد ، لأن معظم الحظ في القسم لها ، كما أن خيار العيب لها لا له .

فرع

ذكر المتولي ، أنه إذا قسم للحرة ليلتين ، ثم سافر السيد بالأمة ، لم يسقط حقها من القسم ، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن ، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت .

السبب الثاني : تجدد النكاح ، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف ، وهي سبع ليال للبكر ، وثلاث للثيب ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولتزول الحشمة بينهما ، وهذا التخصيص واجب على الزوج . وحكى الحناطي في وجوبه قولين . والمذهب الأول ، حتى قال المتولي : لو خرج بعض تلك الليالي بعذر ، أو أُخرج ، قضى عند التمكن . وتجب الموالاة بين السبع والثلاث ، لأن الحشمة لاتزول بالمفرق . فلو فرق ، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز . وظاهر كلام الجمهور المنع ، وذكر الزاز تفريعاً عليه ، أنه يوفيها حقها متوالياً ، ويقضي ما فرق للأخريات ، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة . ولو حصلت بمرض أو وثبة ، فعلى الوجهين في استئذانها نطقاً في النكاح . ولو كانت الجديدة أمة ـ ولا يتصور ذلك إلا في العبد ، فإن له نكاح أمة على حرة ـ فوجهان . أصحها : أنها كالحرة في استحقاق السبع والثلاث ، لأن المراد زوال الحشمة ، والأمة كالحرة فيه . والثاني : لها نصف ما للحرة كالقسم . وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان . أحدهما : تجبر الكسر ، فللبكر أربع ، وللثيب ليلتان . وأصحها وبه قطع البغوي : للبكر ثلاث

ونصف ، وللثيب ليلة ونصف ، ثم الاعتبار بحال الزفاف . فلو نكحها وهي أمة ، وزفت إليه وهي حرة ، فلها حق الحرائر قطعاً .

وإن عتقت بعد الزفاف ، فلها حق الإماء . قال البغوي : ويحتمل أن يقال : لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة .

فرع

إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع ، لم يقض للباقيات ، ويستحب أن يخيّر الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء ، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضيهن للباقيات ، كما فعل رسول الله ﷺ بأم سلمة رضي الله عنها . فإن اختارت السبع فأجابها ، قضى السبع للباقيات . وإن أقام بغير اختيارها ، لم يقض إلا الأربع الزائدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكي في « المهذب » فيما إذا أقام سبعاً ، وجهين في أنه يقضي السبع ، أو أربعاً ، هكذا أطلقه . فإن أراد : إذا التمسته ، حصل وجه أنه لاقضاء على خلاف المذهب . وإن أراد : إذا لم تلتمسه ، أو كلتا الحالتين ، حصل وجه أنه يجب القضاء ، وإن لم يختر على خلاف المذهب . ولو التمست أربعاً ، أو خمساً ، أو ستاً ، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث . ولو التمست البكر عشراً ، لم يجبر إجابتها . فإن أجابها ، لم يقض إلا ما زاد على السبع .

فرع

لو وفى حق جديدة ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، فليس لها حق الزفاف ، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه . وإن أبانها ثم جدد نكاحها ، فقولان أو

وجهان . أظهرهما : تجدد الحق . ويجري الخـــلاف فيما لو أعتق مستولدته أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها . أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها ، فيلزمه التوفية بلا خلاف . ولو أقام عند البكر ثلاثاً واقتضها ، ثم أبانها ثم نكحها ، فإن قلنا : يتجدد حق الزفاف ، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب . وإن قلنا : لايتجدد ، بات أربعاً تتميا للزفاف الأول .

فرع

نكح جديدتين ، وفى لهما حق الزفاف ، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما . ثم إن زفتا على الترتيب ، أدى حق الأولى أولاً . وإن زفتا معاً وهو مكروه ، أقرع بينهما للابتداء ، فإذا خرجت قرعة إحداهما ، قدم الجميع[1] السبع أو الثلاث . وحكى ابن كج وجهاً أنه يقدمها بليلة[2] ثم يبيت عند الاخرى ليلة ، وهكذا يفعل إلى تمام المدة . وحكى البغوي في « الفتاوى » وجهاً ، أنهما إذا كانتا بكرين أو ثيبين ، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما . فإن أراد أن يبيت عندهما ، لزمه التسوية . وإن كانت إحداهما بكراً والاخرى ثيباً ، خص البكر بأربع ، ثم يسوي ، وهذا ضعيف .

فرع

في فتاوى البغوي ، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أُخرى .

---

(١) في نسخة الظاهرية : قدمها بجميع .

(٢) في الأصل : ثلاثة .

فإن لم تكن ، أو كانت وكان لايبيت عندها ، لم يثبت حق الزفاف للجديدة ، كما لايلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداء .

فرع

إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن ، فيوفيها حقها ، ثم يستأنف القسم بين الجميع . وإن كان عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحداهما ليلة ، وفي حق الزفاف ، ثم يقسم للقديمة الاخرى ليلة ، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة ، لانها تستحق ثلث القسم ، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه ، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية .

فرع

ينبغي أن لايتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات ، وعيادة المرضى ، وتشييع الجنائز ، وإجابة الدعوات ، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها . هذا في النهار ، وأما في الليل ، فقالوا : لايخرج لان هذه مندوبات ، والمقام عندها واجب . قالوا : وفي دوام القسم ، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر ، بأن يخرج في ليلة الجميع ، أو لا يخرج أصلاً . فلو خرج في ليلة بعضهن فقط ، فحرام .

الطرف الرابع : في الظلم والقضاء ، فيه مسائل .

إحداها : تحته ثلاث نسوة ، بات عند ثنتين عشرين ليلة ، إما عشراً عند هذه ثم عشراً عند هذه ، وإما ليلة ليله ، فتستحق الثالثة عشر ليال متوالية لايجوز تفريقها . فلو نكح جديدة عقبى العشرين ، لم يجز تقديم العشر ، لأنه ظلم للجديدة ،

بل يوفيها أولاً حق الزفاف ، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة ، ويجعل للمظلومة ليلتها وليلتي الآخرتين ، فيبيت عند الجديدة ليلة ، وعند المظلومة ثلاث ليـال . فإذا دار هكذا ثلاث نوب ، فقد وفاها تسعاً وبقيت ليلة . فان كان بدأ بالمظلومة ، فإذا تمت التسع لها ، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم ، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر ، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة[1] ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته ، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربـع . وعن الشيـخ أبي محمد ، أنه لايبيت ثلث الليلة عند الجديدة ، ويعذر فيه ، وليس بشيء ، وإن كان بدأ بالجديدة ، فاذا تمت التسع للمظلومة ، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج ، ثم يبيت ليلة عند المظلومة ، ثم يقسم بين كلهن بالسوية ، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها .

الثانية : تحته أربـعٌ ، ثلاث حاضرات ، وواحدة غائبة ، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين ، ثم حضرت الغائبة ، فيقضي للمظلومة مع رعـاية حق التي حضرت ، فيقسم لها ليلة ، وللمظلومة ثلاثاً ، وقد يحتاج آخراً إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الاولى ، وكذا لو كان يقسم بين نسائه ، فخرج في نوبة واحدة لضرورة ، بأن أخرجه السلطان ، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ماخرج ، والاولى أن يراعي الوقت ، فيقضي لاولى الليل من أوله ، ولآخرة من آخره ، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن ، ويستثنى ما إذا كان يخاف العسس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج ، فيعذر في الإقامة ، قاله المتولي . والاولى أن لايستمتع[2] بها فيما وراء زمان القضاء .

---

(١) في الأصل : ثلاث ليال .

(٢) في الأصل : يستمتع .

فرع

قال في « الام » : لو كان له أربع ، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة ، قسم لها عشراً . قال الاصحاب : صورته أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً ، ويعطل عشر الرابعة ، فلا يبيت عند واحدة فيها . أما إذا وزع الاربعين على الثلاث بالسوية ، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلث ، فيقسم للرابعة مثل ذلك .

الثالثة : لو وهبت واحدة حقها من القسم ، لم يلزم الزوج القبول ، فله أن يبيت عندها في نوبتها . فان رضي بالهبة ، نظر ، إن وهبت لمعينة ، جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين . فان كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها ، بات ليلتين ولاء ، وإلا فوجهان . أحدهما : أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها ، بات عندها ليلتين ، لانه أسهل عليه والمقدار لايختلف . وقياس هذا ، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، وبات فيها عند الموهوب لها ، يجوز أن يقدم لها ليلتها ويبيتها متصلة بها ، وأصحها : لاتجوز الموالاة ، بل يبيت الليلتين منفصلتين . ولو طلق الواهبة ، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها ، ولا يشترط في هذه الهبة رضى الموهوب لها على الصحيح . وإن وهبت حقها للزوج ، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه قطع العراقيون والروياني وغيرهم ، وإليه ميل الاكثرين . فعلى هذا ، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا ؟ وحكمه ما سبق . والثاني : المنع ، فتجعل الواهبة كالمعدومة ، ويسوي بين الباقيات . ولو أبقى الدور بحاله ، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات ، فلا تفضيل ولا ميل ، فلا يبعد تجويزه . فان جاز ، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك ، بأن تجعل ليلة بين لياليهن دائرة بينهن . ولو وهبت حقها لجميع الضرات ، أو أسقطت حقها مطلقاً ، وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف .

فرع

للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت ، ويعود حقهـــا في المستقبل ، لان المستقبل هبة لم تقبض . حتى لو رجعت في أثناء الليل ، يخرج من عند الموهوب لها . وأما ما مضى ، فلا يؤثر فيه الرجوع . وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع ، لايؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه . وخرج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم . والمذهب الاول . وشبهه الغزالي ، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المبـاح له بعضها قبل العلم بالرجوع . وفي هـــذه الصورة[1] طريقان محكيان فيما علق عن الامـام ، فعن الشيـخ أبي محمد ، في وجوب الغرم قولان ، كمسألة الوكيل . وعن الصيدلاني القطع بالغرم ومال إليه الإمام ، لان الغرامات يستوي فيها العلم والجهل .

فرع

لايجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً ، لا من الزوج ولا من الضرة . فان أخذت ، لزمها رده ، ويستحق القضاء على الصحيح ، لانه لم يسلم لها العوض . وحكى ابن كج وجهاً أنه لاقضاء .

فرع

بات في نوبتها عند غيرها ، وادعى أنها وهبتها وأنكرت ، فالقول قولها وعليه البينة ، ولا تقبل إلا شهادة رجلين .

---

(١) في نسخة الظاهرية : الصور .

الرابعة : إذا ظلم واحدة ، فقد سبق أنه يجب القضاء ، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه ، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره ، فقد تعذر القضاء ، وبقيت الظلامة في ذمته . قال المتولي : لو قسم لواحدة ، فلما جاءت نوبة الأخرى ، طلقها قبل توفية حقها ، عصى ، لأنه منعها حقها بعد ثبوته ، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعيا .

قلت : هذا النقل غير مختص بالمتولي ، بل هو مشهور حتى في « التنبيه » **والله أعلم**

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة ، والتي ظلم بسببها في نكاحه ، لزمه القضاء لتمكنه ، وقيل : إن عادت بنكاح جديد ، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث . فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة ، بل نكح جديداتٍ ، فقد تعذر القضاء ، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها . ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها ، ثم عادت إلى نكاحه ، أو فارقهما ثم عادتا ، وجب القضاء ، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة ، ويجيء [1] في عود النكاح الجديد الوجه السابق .

فرع

في نكاحه ثلاث ، فبات [2] عند ثنتين عشرين ليلة ، ثم فارق إحداهما ، يبيت [3] عند المظلومة عشراً تسوية بينها وبين الباقية ـ كذا ذكره البغوي ، وقال

---

(١) في نسخة الظاهرية : ولم يجيء .

(٢) في الأصل : بنات ، وهو خطأ .

(٣) في الأصل : يثبت ، وهو تصحيف .

المتولي : يقضي خمساً فقط ، لأنه إنما يقضي العشر من حقها وقد بطل حق إحداهما.

فرع

تحته زوجتان ، ظلم إحداهما ، ثم نكح ثالثة ، لم يتعذر القضاء ، بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق .

الطرف الخامس : في المسافرة بهن . إذا أراد المسافرة ببعض زوجاته ، أقرع بينهن ، فيسافر بمن خرجت قرعته ، ولا يقضي مدة السفر ، وإنما يسقط القضاء بشروط .

أحدها : أن يقرع ، فإن لم يقرع ، لزمه القضاء للمخلفات . وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن ، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية ، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول ، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة ، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا . وأشار الحناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كان يقسم ، والمذهب الأول . وإذا خرجت القرعة لواحدة ، لم يجز أن يسافر بغيرها ، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات .

الشرط الثاني : أن لا يقصد بسفره النقلة ، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض ، بقرعة ولا بغيرها . فلو فعل ، قضى للمخلفات . وقيل : لا يقضي مدة السفر إن أقرع ، والصحيح الأول . ولو نقل بعضهن بنفسه ، وبعضهن بوكيله بلا قرعة ، قضى لمن مع الوكيل ، ويجوز ذلك بالقرعة ، كذا ذكره البغوي .

قلت : وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في « التنبيه » وغيره ، أصحها : يجب لاشتراكهن في السفر . والله أعلم

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان، ولايجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله، أو يطلقهن لما في تخليفهن [١] من الإضرار بهن، هكذا أطلقه الغزالي قال: وإنما لايكلف في الحضر البيتوتة اكتفاءً بداعيته. وفي ما علق عن الإمام، أن ذلك أدب وليس بواجب.

الشرط الثالث: أن يكون السفر طويلاً. فإن كان قصيراً، فوجهان. أصحهما عند البغوي والمتولي وغيرهما: أنه كالطويل. والثاني: لايجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرعة، ولو فعل قضى.

الشرط الرابع: أن لا يعزم على الإقامة، فلايقضي مدة السفر. وأما إذا صار مقيما، فينظر، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه، أو نواها عند دخوله، قضى مدة إقامته، وفي مدة الرجوع وجهان. أصحهما: لايقضي كمدة الذهاب. وإن لم ينو الإقامة وأقام، فقال الإمام والغزالي: إن أقام يوماً، لم يقضه، والأقرب ما ذكره البغوي: إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين، وجب قضاء الزائد. ولو أقام لشغل ينتظره، ففي القضاء خلاف كالخلاف في الترخص. قال المتولي: إن قلنا: يترخص، لم يقض، وإلا فيقضي مازاد على مدة المسافرين، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال: إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة، لم يقض مدة الرجوع، وإلا فعلى الوجهين السابقين، والمذهب من الخلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة، ترخص ثمانية عشر يوماً. وإن علم أنه لاينجز [٢] في أربعة أيام لايترخص أصلاً.

---

(١) في الأصل: تخليتهن.

(٢) في نسخ الظاهرية: لايتنجز.

فرع

قال الغزالي : شرط عدم القضاء ، أن يكون سفراً طويلاً مرخصاً ، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية .

فرع

استصحب واحدة بقرعة ، ثم عزم على الإقامة في بلد ، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن ، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي . وفي فتاويه ، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده ، يقضي مدة مقامه فيه ، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك ؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع ، ويحتمل أن يقال : يقضي قطعاً . وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضى للباقيات جميع المدة وإن كان لايبيت معها ، إلا إذا تركها في بلد وفارقها ، ويحتمل أن يقال : لايقضي إلا ما بات عندها ، ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد . وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضاء ، هل يخرج من الظلم بتغير عزم النقلة ، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات ؟

فصل

إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما ، فإن ظلم إحداهما ، قضى لها بالسفر ،

فإن لم يتفق ، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها . ولو استصحب واحدة بقرعة ، وأخرى بلا قرعة ، عدل بينهما أيضاً . ثم إذا رجع ، قضى للمخلفة من نوبة المستصحبة بلا قرعة ، ولاتحص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة ، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها . ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها ، فيقضيه ، ثم يسوي بينهما . ولو أراد تخليف إحداهما في بلد ، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة . ولو نكح في الطريق جديدة ، قضى حق زفافها ثم يسوي بينها وبين المستصحبات ، ولا يلزم القضاء للمخلفات . ولو خرج وحده ، ونكح في الطريق ، فكذلك ، ولا يقضي للمخلفات[١] هذا في مدة السفر ، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أياماً ، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف ، وفي مدة الرجوع الوجهان .

فرع

تحته زوجتان ، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداهما بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر . فإذا عاد ، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث ؟ وجهان أصحهما : نعم ، لأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها . والثاني : لا وبه قال ابن سريج ، كما لو سافر بإحدى القديمتين ، فإنه لا يقضي للأخرى ، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى . ولو نكح ثنتين وزفتا إليه معاً ، فسافر بإحداهما بقرعة ، فالحكم كذلك ، فلو كانتا بكرين فرجع بعد ثلاثة أيام ، قال ابن كج :

---

(١) في نسخ الظاهرية : فكذلك لاقضاء للمخلفات .

على الوجه الأول يتم لها السبع ، ثم يوفي الأخرى سبعاً . وعلى قول ابن سريج : يتم لها السبع ، ويبيت عند الأخرى أربعاً ، ويبطل ما جرى في السفر . ولو نكح جديدة على قديمة ، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداهما بقرعة ، فإن سافر بالقديمة ، وفى حق الجديدة إذا رجع ، نص عليه . ويجيء فيه الوجه الآخر . وإن سافر بالجديدة ، اندرج حق الزفاف في أيام السفر .

فرع

تحته نسوة وله إماء ، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة ، والجواز إلى أبي إسحاق ، وهو قياس أصل القسم .

قلت : الجواز هو الصحيح **والله أعلم**

فرع

في فتاوى البغوي ، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة ، ثم نكح في السفر جديدة ، ومنعها حق الزفاف ظلماً ، وبات عند القديمة سبعاً ، وعاد إلى البلد قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف ، وفاها حق الزفاف ، ثم يدور على المخلفات والجديدة ، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه ، بأن يبيت عند كل واحدة من المخلفتين ليلة ، وعند الجديدة ليلتين ، وهكذا حتى يتم لها السبع ، وكذا لو كان تحته ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف ، بل بات عند واحدة من الثلاث عشراً ظلماً ، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين ، حتى يتم لكل واحدة عشراً .

الباب الثاني

في الشقاق

الوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها ، وقد لايظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيها أو كلاهما ، فهذه ثلاثة أحوال. الأول : أن تتعدى هي . قال الله تعالى : (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) [النساء :٣٣] والمراد بالوعظ ، أن يقول: اتقي الله في الحق الواجب عليك ، واحذري العقوبة ، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم ، وأما الهجران ، فهجرها في المضجع ، وأما الهجران في الكلام ، فممنوع . وفيما علق عن الإمام ، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه ؟ قال : وعندي أنه لايحرم ترك الكلام أبداً ، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب ، وهو كابتداء السلام وجوابه ، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لامنع من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد الهجران ، فحرام ، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لايأثم . ولو قصد بتركه الإحداد أثم ، وحكي عن نص الشافعي ، أنه لو هجرها بالكلام ، لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد أثم .

قلت : الصواب ، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام ، وعدم التحريم في الثلاثة ، للحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » . قال أصحابنا وغيرهم : هذا في الهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر ، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور ، فلا تحريم . وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن

مالك وصاحبيه ، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم ، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً . والله أعلم

وأما الضرب ، فهو ضرب تأديب وتعزير ، وقدره نذكره في بابه إن شاء الله تعالى .

وينبغي أن لايكون مدمياً ، ولا مبرّحاً ، ولا على الوجه والمهالك . فإن أفضى إلى تلف ، وجب الغرم ، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح ، ثم الزوج وإن جاز له الضرب ، فالأولى له العفو ، بخلاف الولي ، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي ، لان مصلحته للصبي ، وفي الحديث ، النهي عن ضرب النساء . وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له . أحدهما : أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن . والثاني : حمل النهي على الكراهة ، أو ترك الاولى ، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب .

قلت : هذا التأويل الأخير هو المختار ، فإن النسخ لايصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ . والله أعلم

إذا عرفت هذا ، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب . إحداها : أن يوجد منها أمارات النشوز قولاً أو فعلاً ، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان لينا ، أو يجد[1] منها إعراضاً وعبوساً بعد طلاقة[2] ولطف ، ففي هذه المرتبة ، يعظها ولا يضربها ولا يهجرها .

---

(١) في الأصل : يوجد .
(٢) في الأصل : إطلاقه .

الثانية : أن يتحقق نشوزها ، لكن لايتكرر ، ولايظهر إصرارها عليه ، فيعظها ويهجرها . وفي جواز الضرب قولان ، رجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع ، وصاحبا « المهذب » و « الشامل » الجواز .

قلت : رجح الرافعي في « المحرر » المنع ، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار . والله أعلم

الثالثة : أن يتكرر وتصر عليه ، فله الهجران والضرب بلا خلاف ، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث . وحكى ابن كج قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز ، لظاهر الآية . وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز ، ثلاثة أقوال . أحدها : له الوعظ والهجران والضرب . والثاني : يتخير بينها ولايجمع . والثالث : يعظها . فإن لم تتعظ هجرها ، فان لم تنزجر ضربها .

فرع

فيما تصير به ناشزة

فمنه الخروج من المسكن ، والامتناع من مساكنته ، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب ، ولا أثر لامتناع الدلال ، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان ، لكنها تأثم بايذائه ، وتستحق التأديب ، وهل يؤدبها الزوج ، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها ؟ وجهان . ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات ، فهل هو نشوز يسقط النفقة ؟ وجهان .

قلت : أصحها نعم . والأصح من الوجهين في تأديبها ، أنه يؤدبها بنفسه ، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد ، وتوحيشاً للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً . **والله أعلم**

الحال الثاني : أن يتعدى الرجل ، فينظر ، إن منعها حقاً كنفقة أو قسم ، ألزمه الحاكم توفية حقها . ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب ، ففي « التتمة » أن الحاكم ينهاه . فان عاد ، عزره . وفي « الشامل » وغيره ، أنه يسكنها بجنب ثقة ينظرهما ، ويمنعه من التعدي ، والنقلان متقاربان . وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعاً ، فكذلك يفعل الحاكم ، ولم يتعرضوا للحيلولة . وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعودا إلى العدل . قال : ولا يعتمد قوله في العدل ، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن . وإن كان لا يمنعها حقاً ، ولا يؤذيها بضرب ونحوه ، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر ، ولا يدعوها إلى فراشه ، أو يهم بطلاقها ، فلا شيء عليه [١] ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة ، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبته ، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له .

الحال الثالث : إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي ، وسوء الخلق ، وقبح السيرة ، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما ، يعرف حالهما من ثقه في جوارهما خبير بهما ، فإن لم يكن أسكنها بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه . فان علم الظالم ، منعه ، هكذا أطلقوه ، وظاهره الاكتفاء بقول عدل ، ولا يخلو عن احتمال . وإذا اشتد شقاقهما ، وداما على السباب الفاحش والتضارب ، بعث القاضي

---

(١) في الأصل : عليها ، وهو خطأ .

حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظروا في أمرهما ويصلحا بينهما ، أو يفرقا إن عسر الإصلاح . وهل بعث الحكمين واجب ؟ قال البغوي : عليه بعثهما ، وظاهره الوجوب ، وحجته الآية . وقال الروياني : يستحب .

قلت : الأصح أو الصحيح : الوجوب . **والله أعلم**

ثم المبعوثان ، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ؟ فيه قولان . أظهرهما : وكيلان ، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع ، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق ، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما . فان لم يرضيا ولم يتفقا على شيء ، أدب القاضي الظالم ، واستوفى حق المظلوم . وإذا قلنا : هما حكمان ، لم يشترط رضى الزوجين في بعثهما . وإذا رأى حكم الزوج الطلاق ، استقل به[1] ولا يزيد على طلقة ، لكن إن راجعها الزوج وداما على الشقاق ، طلق ثانية وثالثة . وإن رأى الخلع ووافقه حكمها ، تخالعا وإن لم يرض الزوجان . ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة ، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها ، لم يلزمه ذلك بلا خلاف . وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح ، أو غير متعلق ، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف ، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعاً ، ويشترط العدالة والإسلام والحرية على المذهب ، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما . وأشار الغزالي إلى خلاف فيه . ويشترط الذكورة إن قلنا : حكمان ، وإن قلنا :

---

(١) في الأصل : ليستقل به .

وكيلان ، قال الحناطي : لايشترط في وكيلها ، وفي وكيله وجهان ، ولايشترط فيهما الاجتهاد وإن قلنا : حكمان ، ولا كونهما من أهل الزوجين ، لكن أهلهما أولى . ولو كان القاضي من أهل أحدهما ، فله أن يذهب بنفسه ، وفيما علق عن الإمام اشتراط كونهما من أهلهما ، و[لا] (١) يجوز الاقتصار على حكم واحد على الاصح ، وبه قطع ابن كج ، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها ، فيعرفا ما عندهما ، وما فيه رغبتهما ، فاذا اجتمعا ، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئاً ، وعملا ما رأياه صوابا . ولو اختلف رأي الحكمين ، بعث آخرين حتى يجتمعا على شيء ، ذكره الحناطي . ولو جن أحد الزوجين ، أو أغمي عليه ، لم يجز بعثهما بعده ، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه ، لم يجز تنفيـذ الأمر . وقيل : إن قلنا : حاكمان ، لم يؤثر جنون أحدهما ، قاله ابن كج . وقيل : الإغماء لا يؤثر إن قلنا : وكيلان كالنوم ، حكاه الحناطي ، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة ، والصحيح الاول . ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين ، نفذ الأمر إن (٢) قلنا : وكيلان ، وإلا ، فلا على الصحيح .

فرع

ذكر الحناطي ، أنه لو رأى أحد الحكمين الاصلاح ، والآخر التفريق ففرق ، نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد .

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في نسخ الظاهرية : نفذ الأمران إن .

فرع

وكل رجلاً فقال : إذا أخذت مالي منها فطلقها ، أو خالعها ، أوخذ مالي ثم طلقها ، لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال . قال أبو الفرج الزاز : وكذا لو قال : خالعها على أن تأخذ مالي منها . ولو قال : خذ مالي وطلقها ، فهل يشترط تقديم أخذ المال ؟ وجهان . أصحهما عند البغوي : نعم . ولو قال : طلقها ثم خذ ، جاز تقديم أخذ المال ، لانه زيادة خير وبالله التوفيق .



كتاب الخلع

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج ، وأصل الخلع مجمع على جوازه ، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه ، أو مال آخر أقل من الصداق ، أو أكثر ، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر بالشقاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه ، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديباً فافتدت . وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه . وإن كان الزوج يكره صحبتها ، فأساء عشرتها ، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت ، كره الخلع وإن كان نافذا ، ويأثم الزوج بفعله . وفي وجه ، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه ، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلعت ، فقالت مبتدئة : خالعني على كذا ففعل ، لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعياً إن لم يسم مالاً . وإن سماه ، لم يقع الطلاق ، لأنها لم تقبل مختارة ، وفي « التتمة » وجه ، أنه لايقع الطلاق وإن لم يسم المال . ولو ابتدأ وقال : طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول ، لم يقع شيء ، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة ، فالمال مردود إليها ، والطلاق واقع ، وله الرجعة ، نص عليه . قال الأصحاب : موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع ، بل أنكر المال أو سكت . فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه ، فالطلاق بائن

بقوله ، ولا رجعة . ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال ، صح الخلع ، وحل له أخذه . وعلى هذا حمل قول الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) [النساء:١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال : لايحل الأخذ . ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت ، ورثها على المشهور . وحكى ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها .

فصل

يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .

الأول : في حقيقة الخلع ، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق ، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكناياته . وإن لم يجز إلا لفظ الخلع ، فقولان . الجديد ، أنه طلاق ينقص به العدد ، وإذا خالعها ثلاث مرات ، لم ينكحها إلا بمحلل ، والقديم : أنه فسخ لاينقص به العدد . ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر ، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب . ورجح الشيخ أبو حامد ، وأبو مخلد البصري القديم ، فان قلنا : فسخ ، فلفظ الخلع صريح فيه ، ولو قال : فسخت نكاحك بألف فقبلت ، أو قال : فاديتك بألف فقالت : قبلت أو افتديت ، فوجهان . أصحها : أنه صريح . والثاني : كناية . فعلى هذا ، في انعقاد الخلع بها خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً ، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً ؟ فيه وجهان ، اختيار القاضي حسين الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . ولو قال لزوجته : فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيبها ، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين . وقيل : فسخ . أما إذا قلنا : الخلع طلاق ، فلفظ الفسخ كناية فيه ، ولفظ الخلع فيه قولان . قال في « الأم » :

كناية وفي « الإملاء » : صريح . قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح . وقيل : كناية قطعاً . وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره ، فكناية على الأصح . وقيل : على القولين . وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان . أصحهما عند الإمام والغزالي والروياني : نعم للعرف ، وكالخلع على خمر ، والثاني : لا لعدم الالتزام ، فإن أثبتنا المال ، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى ، وجب مهر المثل وحصلت البينونة . وإن جعلناه كناية ولم ينو ، لغا ، وإن لم يثبت المال عند الطلاق ، فان جعلناه فسخاً ، لغـا ، لأن الفسخ بالتراضي لايكون إلا بعوض ، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب ، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى[1] العوض في الخلع ، لم يصح الخلع على قول الفسخ ، قال الإمام : والقياس الحق صحته بلا عوض . وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى ، فهو طلاق رجعي ، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان . أصحهما : لايفتقر ، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقـلال الزوج بالطلاق الرجعي ، والوجهان فيما إذا قال : خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها . أما لو قال : خلعت أو خالعت ، ولم يضمر التماس الجواب ، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً ، كما لو قال : فارقتك . ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا : مطلقه لايقتضي مالاً ، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيـع ونحوه بالكنايات . فان قلنا : تؤثر ، ثبت المال ، ولابد فيه من نيتها أيضاً . وإن قلنا : لاتؤثر ، فهل يقع الطلاق ويلغى منه[2] المال ، أم لايقع ، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً ؟ وجهان . وفي « فتاوى

---

(١) في الأصل : بقي ، وهو تصحيف .
(٢) في نسخة الظاهرية : فيه .

البغوي ، وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها ، فخالعها عليه ، ولم يكن بقي لها شيء عليه ، فهل تحصل البينونة بمهر المثل ؟ ورجح الحصول .

فرع

يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً ، وإن جعلناه فسخاً ، فهل للكنايات فيه مدخل ؟ وجهان . أصحهما : نعم . فإن نوى الطلاق ، أو الفسخ ، كان ما نوى . وإن نوى الخلع ، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق ؟ ولو قال : خالعت نصفك أو يدك على كذا ، أو خالعتك شهراً على كذا ، نفذ إن جعلناه طلاقاً ، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً .

فرع

ترجمة الخلع بسائر اللغات ، كلفظة العربي ، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح .

فرع

لفظ البيع والشراء كناية في الخلع ، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً ، وذلك بأن يقول : بعتك نفسك بكذا ، فتقول : اشتريت أو قبلت ، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه ، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج ، وبيع المهر بالطلاق من جهتها

يعبر بها عن الخلع ، وليكونا كنايتين ، كقوله : بعتك نفسك .و في « الزيادات »[1] لأبي عاصم : إن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح . ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا ، أن ينزل قوله : بعتك طلاقك بكذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتى إذا طلقت في المجلس ، لزم المال ووقع الطلاق . وإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها ، وبغير نيّة طلاق منه ، فهذا التصرف فاسد ، والنكاح باق بحاله . وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه .

فرع

قالت : طلقني على كذا فقال : خالعتك ، فإن جعلنا الخلع فسخاً ، لم ينفذ لأنه لم يجبها ، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق ، أو كناية ونوى ، حصلت البينونة ولزم المال . وإن لم ينو ، لم يقع شيء . ولو قالت : خالعني على كذا فقالت : طلقتك عليه ، فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبها . وقيل : يقع الطلاق ، لأنه أعطاها فوقه أقوى مما طلبت ، فكأنه زاد ، كمن سألته طلقة فطلق طلقتين ، والأول أصح . وعلى هذا قوله : طلقتك ابتداء كلام منه ، فإن لم يسم المال ، وقع طلاق رجعي ، وإن سماه ، لم يقع ما لم يقبل . وإن قلنا : الخلع طلاق ، فإن جعلناه صريحاً أو كناية ونوت ، حصلت البينونة ولزم المال ، ولا يضر اختلاف اللفظ ، وإن جعلناه كناية ولم ينو ، فقولها لغو . والزوج مبتدىء بالطلاق . ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع ، فإن قلنا : الخلع فسخ ،

---

(١) في الأصل : الزائدات

لم ينفذ . وإن قلنا : طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا ، أنه لاينفذ أيضاً ، لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعد الدخول . قال : ولو وكله في الطلاق فطلق على مال ، إن كان بحيث يتصور الرجعة ، لم ينفذ ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة ، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة ، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق ، وقد يتوقف في بعض ماذكره حكماً ودليلاً .

فرع

تخالعا هازلين ، نفذ إن قلنا : إنه طلاق ، وإن قلنا : فسخ ، فهو كبيع الهازل ، وفيه خلاف سبق .

فرع

التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا : فسخ ، وإن قلنا : طلاق ، فلا .

فصل

فيما يلحق به الخلع من الأصول

قال الأصحاب : إن جعلنا الخلع فسخاً ، فهو معاوضة محضة من الجانبين لامدخل للتعليق فيه ، بل هو كابتداء النكاح والبيع . فلو قال : خالعتك بمائة فقبلت بخمسين ، أو قالت : خالعني بمائة فخالعها بخمسين ، أو قالت : بخمسين فخالعها

بمائة ، لم يصح كالبيع . وإن جعلناه طلاقاً ، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً ، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع ، أم بدأت بسؤاله ؟

القسم الأول : إن بدأ[1] هو بطلاقها وذكر العوض ، فهو معاوضة فيها شوب تعليق ، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله ، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط ، ثم تارة تغلب المعاوضة ، وتارة التعليق ، وتارة يراعى المعنيان ، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها . فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال : خالعتك بكذا ، أو على كذا ، أو طلقتك ، أو أنت طالق على كذا ، غلب معنى المعاوضة ، ويثبت أحكامها ، فيجوز له الرجوع قبل قبولها ، ويلغو قبولها بعد رجوعه ، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود . فلو تخلل زمن طويل ، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت ، لم ينفذ . ولو اختلف الايجاب والقبول ، بأن قال : طلقتك بألف فقبلت بألفين ، أو بخمس مائة ، لم يصح كالبيع ، كذا ذكره البغوي وغيره . وفي « الشامل » ، أنها إذا قبلت بألفين ، صح ولا يلزمها الألف ، لأنه لم يوجب إلا ألفاً . والصحيح الأول . ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت واحدة بثلث الألف ، لم يصح . وإن قبلت واحدة بالألف ، فثلاثة أوجه . أحدها : لايقع شيء كالبيع ، والثاني : يقع طلقة ، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق ، وأصحها : يقع الثلاث ، صححه الشيخ أبو علي والغزالي ، وبه قال القفال ، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال ، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج . وإذا قلنا : يقع الثلاث أو واحدة ، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان . أصحها : الألف ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو محمد ، لأن

---

(١) في الأصل : ان يبدأ .

الايجاب والقبول تعلقا به . والثاني عن ابن سريج : أنه يجب مهر المثل لاختلاف الايجاب والقبول . وإن أتى الزوج بصيغة تعليق ، نظر ، إن قال متى أعطيتني ، أو متى ما ، أو أي وقت ، أو حين ، أو زمان ، غلب معنى التعليق وثبتت أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف ، حتى لايحتاج إلى قبول باللفظ ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس ، بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق ، فله بعض أحكام التعليق، فلايحتاج إلى القبول لفظاً ، ولارجوع للزوج قبل الإعطاء.وقيل : يجوز له الرجوع قبل الإعطاء ، حكاه البغوي ، وقطع به صاحب « المهذب »، ويقرب منه ماحكاه ابن كج عن ابن سلمة ، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته ، وبين أن لايقبل . والصحيح الاول ، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس . واختار صاحب «المهذب» ، إلحاق « إذا » بـ «متى» ، وألحقها الجمهور بـ «أن» كما ذكرنا . وحكي وجه ، أن كلمة « إن » كـ «متى» في أنه لايشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ . ثم قال المتولي : اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن قال لزوجته الامة : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، وقع الطلاق متى أعطته الالف وإن طال الزمان ، لانها لاتقدر على الإعطاء في المجلس غالباً ، بخلاف ما إذا قال : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق ، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك الخمر ، لأن يدها قد تشمل على خمر . قال : ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها ، حصلت البينونة لوجود الصفة ، وعليه رد المال إلى سيدها ويطالبها بمهر المثل إذا عتقت .

فرع

المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء مجلس التواجب وهو ما يحصل به الارتباط بين الايجاب والقبول ، ولا نظر إلى مكان العقد . وفي وجه حكاه

ابن كج وغيره ، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقهما وإن طالت المدة . والصحيح الاول .

القسم الثاني : إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها ، فهو معاوضة فيهما شوب جعالة . والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها ، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة ، وسواء أتت بصيغة تعليق كقولها : إن طلقتني أو متى طلقتني فلك كذا ، أو قالت : طلقني على كذا ، فهو معاوضة في الحالتين ، ويشترط أن يطلقها في مجلس التواجب ، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق ، وسواء علقت بـ«إن» أو بـ « متى» . فلو طلقها بعد مدة طويلة ، كان طلاقاً مبتدأً . ولو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف فطلق واحدة على ثلث الألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك واحدة ، وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف . كما لو قال : رد عبيدي ولك ألف ، فرد أحدهم . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لايقع شيء وغلط قائله .

فرع

قال لامرأتيه : خالعتكما أو طلقتكما ، أو أنتما طالقان بألف ، فقبلت إحداهما فقط ، لم يقع شيء . وقيل : يصح في حق القائلة والصحيح الأول .

ولو قال : طلقت إحداكما بألف ولم يعين فقالتا : قبلنا ، لم يصح ذكره البغوي .

ولو قال : خالعتك وضرّتك بألف . فقالت : قبلت ، صح الخلع ، ولزمها الألف ، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها ، وقابلة لضرتها كالأجنبي .

ولو قالتا له : طلقنا بألف فطلق إحداهما ، طلقت دون الأخرى . وهل يلزمها مهر المثل أم حصتها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ، أم نصف المسمى ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول ، وتجري الاقوال في الواجب على كل واحدة إذا طلقها .

قال الشيخ أبو حامد : والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق .

أما لو قال : طلقتكما على ألف مناصفة ، أو قالتا : طلقنا على ألف مناصفة ، فهو مناصفه بلا خلاف .

ولو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك بخمس مائة ، بانت واستحق خمسمئة على الصحيح ، وقيل : لاتطلق تغليباً للمعاوضة ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني
في أركان الخلع

وهي خمسة .

الأول : الزوج ، فيوجب ابتداءً أو يجيب [١] سؤالها ، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون ، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه ، سواء أذن الولي أم لا ، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها مجاناً نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه ، بل يسلمه إلى الولي ، فإن سلمه إلى السفيه وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده . فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان حكاهما الحناطي . وإن تلف في يد السفيه ولم يعلم الولي بالتسليم ، رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة العين على القول الآخر . وإن كان الخلع على دين ، رجع الولي على المختلع بالمسمى ، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة ، ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه إليه . فإن تلف في يد السفيه ، فلا ضمان ، لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفيه ، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده ، هذا إذا كان التسلم

---

(١) في الأصل : أو يجب .

إلى السفيه بغير إذن الولي ، فإن كان بإذنه ، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي ، ورجح الحناطي الاعتداد .

فرع

يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل ، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه ، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد . فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفيه ، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وما يتلف في يد السفيه لايطالبه به ، لا في الحال ولا بعد الرشد ، وخلع المدبر والمعتق بعضه كالقن . فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده ، فليكن عوض الخلع من الاكساب النادرة ، وليجيء فيه الخلاف .

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله .

الركن الثاني : المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والاجنبي ، أن يكون مطلق التصرف في المال ، صحيح الالتزام .

وللحجر أسباب . أحدها : الرق . فان اختلعت الامة نفسها بغير إذن سيدها ، نظر إن اختلعت بعين ماله ، فقولان . أحدهما : يقع الطلاق رجعياً كالسفيهة[١] والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر ، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن اختلعت على دين ، بانت . وهل عليها المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان ، أو قولان . أصحها : الاول ، وبه قطع

(١) في الأصل : كالسفيه .

العراقيون ، واختاره القفال والشيخ أبو علي ، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال .

أما إذا اختلعت بإذن سيدها ، فاما أن يبين العوض ، وإما أن يطلق . فان بين ، نظر ، إن كان عيناً من ماله ، نفذ الخلع ، واستحق الزوج تلك العين ، وإن قدر ديناً ، بأن قال : اختلعي بألف ففعلت ، تعلق الالف بكسبها كمهر زوجة العبد . وإن زادت على ما قدر ، فالزيادة في ذمتها .

وإن قال : اختلعي بما شئت ، اختلعت بمهر المثل ، وبالزيادة إن شاءت ، وتعلق الجميع بكسبها ، ذكره البغوي . وإن أطلق الاذن ، اقتضى مهر المثل . فان لم تزد عليه ، ففي كسبها ، وإلا فالزيادة في ذمتها ، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها . وإن جرى الخلع باذن السيد والعوض دين ، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد .

فرع

[اختلاع المكاتبة] [١] بغير إذن سيدها ، كاختلاع الامة بغير إذنه . وإن اختلعت باذنه ، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن . وقيل : كاختلاع الامة بالاذن ، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف .

فرع

اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر ، أو مكاتب على رقبتها ، قال إسماعيل

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية ولا يستقيم الكلام إلا بها .

البوشنجي : تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين . أحدهما : تحصل الفرقة بمهر المثل . وأصحها : لايصح الخلع أصلا .

السبب الثاني : الحجر بالسفه .

فاذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه : خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت ، وقع الطلاق رجعياً ، سواء فعلت ذلك باذن الولي أم بغير إذنه ، ولا يلزمها المال ، وليس للولي صرف مالها في الخلع . فان لم تقبل ، لم يقع الطلاق ، لان الصيغة تقتضي القبول ، فأشبه الطلاق المعلق على صفة .

ولو قال لها : طلقتك على ألف إن شئت [فقالت على الاتصال : شئت][1] وقع الطلاق رجعياً . ولو بدأت فقالت : طلقني على كذا فأجابها ، وقع طلاق رجعي أيضاً .

فرع

له زوجتان : رشيدة ومحجور عليها بسفه ، فقال : طلقتكما على كذا ، فقبلتا ، طلقت الرشيدة بائناً ، وعليها مهر المثل على الأظهر ، وطلقت السفيهة رجعياً ، وإن قبلت إحداهما، لم يقع عليها شيء . ولو كانتا سفيهتين ، فقال : طلقتكما على ألف فقبلتا ، وقع الطلاق عليها رجعياً . وإن قبلت إحداهما ، لم يقع شيء . ولو بدأتا فقالتا : طلقنا بألف فطلقها ، وقع الطلاق على السفيهة رجعياً ، وعلى الرشيدة بائناً .

وإن أجاب السفيهة ، وقع عليها رجعياً ، وإن أجاب الرشيدة ، وقع بائناً .

وقوله : أنتما طالقان على ألف إن شئتما ، كقوله : طلقتكما على ألف في جميع ذلك .

السبب الثالث : الجنون والصغر ، فقبول مجنونة وصغيرة لاتميز لهما لغو

---

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

وقول الزوج لها : أنت طالق على كذا لغو . ولو قـال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعي أم لايقع شيء ؟ وجهان . رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع .

السبب الرابع : المرض . فإذا اختلعت في مرض موتها ، نظر ، إن كان بمهر المثل ، نفذ ولم يعتبر من الثلث ، وإن كان بأكثر ، فالزيادة كالوصية للزوج ، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الارث .

ولو اختلعت بعبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصف العبد ، فينظر ، إن خرجت المحاباة من الثلث ، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية . وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً ، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل ، لأنه دخل في العقد على أن يكون [العبد] [1] كله عوضاً . والصحيح الأول ، إذ لانقص ولا تشقيص . وإن لم يخرج من الثلث ، بأن كان عليها دين مستغرق ، لم تصح المحاباة ، والزوج بالخيار ، بين أن يمسك نصف العبد وهو قدر مهر المثل ، ويرضى بالتشقيص ، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل . وإن كان لها وصايا أخر ، فان شاء الزوج ، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر . وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ، ولا حق له في الوصية ، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ . وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد ، فالزوج بالخيار ، إن شاء أخذ ثلثي العبد ، نصفه بمهر المثل ، وسدسه بالوصية ، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل .

---

(١) زيادة من مخطوطة الظاهرية .

فرع

مرض الزوج لايؤثر في الخلع ، فيصح خلعه في مرض الموت بدون مهر المثل ، لأن البضع لايبقى للوارث لو لم يخالع ، كما لو أعتق مستولدته في مرض الموت ، لايعتبر من الثلث ، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث .

الركن الثالث : المعوض وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج . فأما البائنة بخلع وغيره ، فلا يصح خلعها ، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة . والثاني : لا لعدم الحاجة إلى الافتداء . وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينونة الكبرى . وإذا قلنا : لايصح ، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب ، أن الطلاق يقع رجعياً إذا قبلت كالسفيهة .

فرع

خالع مرتدة مدخولاً بها ، توقف ، فان عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى ، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ، ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ، ثم تخالعا ، وأطلق المتولي أنه لايصح الخلع بعد[1] تبديل الدين لأن الملك كالزائل .

---

(١) في الأصل : بل .

الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، فيجوز قليلاً وكثيراً ، عيناً وديناً ، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض ، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ، وتفصيله بصور . إحداها : لو خالع على مجهول كثوب غير معين ، حصلت البينونة ورجع إلى مهر المثل ، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية ، سواء قال : خالعتك بما في بطنها أو على حملها . ولو خالع بألف إلى أجل مجهول ، أو خالع بشرط فاسد كشرط أن لاينفق عليها وهي حامل ، أو لاسكنى لها ، أو لاعدة عليها ، أو أن يطلق ضرتها ، بانت بمهر المثل . وحكى المتولي وجهاً ، أنه لاتحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض ، وكذا لو خالع ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ ، والمذهب الأول .

فرع

خالعها على ما في كفها ولم يعلمه ، أو علمه ولم نصحح بيع الغائب ، بانت بمهر المثل ، وإن علم وصححناه ، بانت بالمسمى . فان لم يكن في كفها شيء ، ففي « الوسيط » أنه يقع الطلاق رجعياً ، والذي نقله غيره وقوعه بائناً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال ، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً .

قلت : المعروف الذي أطلقه الجمهور ، كأصحاب « الشامل » و « التتمة » و « المستظهري » و « البيان » وغيرهم ، وقوعه بائناً بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . **والله أعلم**

الصورة الثانية : خالعها على ماليس بمال كخمر أو حر ، بانت . وهل يرجع عليها بمهر المثل ، أم ببدل المذكور ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

ولو خالع على مغصوب ، فكذلك ، ويفرق بين أن يقول : خالعتك على هذا العبد فبان حراً ، وبين قوله : خالعتك على هـذا الحر في أصح الطريقين ، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية ، لفساد الصيغة ، وكذا يفرق بين قوله : خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا المغصوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية . وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغصوب : وقع الطلاق رجعياً ، لان المذكور ليس بمال ، فلا يظهر طمعه في شيء ، والصحيح الاول ، وبه قطع الاصحاب . ولو خالع على دم ، وقع الطلاق رجعياً ، وعللوه بأنه لايقصد بحال ، فكأنه لم يطمع في شيء .

والخلع على الميتة ، كالخمر لا كالدم ، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح .

الصورة الثالثة : الخلع على مالا يقدر على تسليمه ، ومالا يتم ملكه عليه ، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل .

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها ، ففيم يرجع به القولان . ولو خالعها على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً ، فله رده ويطالب بمثله سليما كما في السلم .

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فأنت طالق ، فأعطته ثوباً بتلك الصفة ، طلقت . فان خرج معيباً فرده ، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليما ؟

الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز . فأما وكيل الزوج ، فان قدر له مالاً بأن قال : خالعها بمائة ، فينبغي أن يخالع بالمائة فأكثر ، ولا ينقص .

فان خالع بمائة وثوب ، فهو كما لو قال : بع عبدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق .

وإن أطلق التوكيل في الخلع ، فينبغي أن يخالع بمهر المثل وأكثر ، ولا ينقص .

وصورة إطلاق التوكيل أن يقول : وكلتك في خلع زوجتي ، أو خالعها ولا يذكر مالاً ، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا : إن مطلق الخلع يقتضي مالاً ، وإن قلنا : لايقتضيه ، اشترط أن يقول : خالعها بمال .

فان نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير ، فالنص لايقع الطلاق ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فالنص وقوعه .

وللأصحاب فيه طرق ، مجموعها خمسة أقوال . أظهرها : يقع الطلاق في صورة الاطلاق بمهر المثل ، ولا خيار للزوج ، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين ، لتصريح المخالفة في صورة التقدير . والثاني : لا يقع فيهما كالمخالفة في البيع . **والثالث** : يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيهما ، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل . والرابع : يتخير بين المسمى وبين ترك العوض ، وجعل الطلاق رجعياً . والخامس : إن رضي بالمسمى ، فذاك ، وإلا فلا طلاق .

وخلع الوكيل بغير نقد البلد ، أو غير جنس المسمى ، وبالمؤجل ، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل ، ففيه الخلاف المذكور .

وأما وكيل الزوجة[1] ، فإما أن يقدر له العوض ، وإما لا .

الحالة الأولى : قدرت فقالت : اختلعني بمائة ، فإن اختلعها بها أو بما دونها

---

(١) في الأصل : وكيل الزوج .

بالوكالة عنها ، نفذ . والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في « فصل خلع الأجنبي » إن شاء الله تعالى .

وإن اختلع بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال : اختلعها بكذا من مالهـا بوكالتها ، فالمنصوص وقوع الطلاق بائناً . وخرج المزني قولاً انه لايقع الطلاق . ونقل الحناطي قولاً ، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء . والمشهور حصول البينونة . فعلى هذا ، يلزمها مهر المثل على الأظهر ، وهو نصه في « الاملاء » . ونص في « الأم » ، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمته هي ، ومن أقـل الأمرين من مهر المثـل ، وما سماه الوكيل . فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل ، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول ، وكذا لو كان ما سمـاه الوكيل أكثر من مهر المثل ، لم تجب الزيادة . فلو سمت مائة وسمى الوكيل مائتين ، ومهر المثل تسعون ، فالواجب تسعون على القول الأول ، ومائة على الثاني .

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين ، فالواجب مائة وخمسون على القولين . ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان . وحكى قول ثالث ، أنها بالخيار ، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل ، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل .

وأما مطالبة الوكيل بما عليها ، فقال الأصحاب : لايطـالب إلا أن يقول : إني ضامن فيطالب بما سمى ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وفي « المختصر » تعرض لمثله ، وفي « المجرد » للحناطي قول شاذ ، أنه لا أثر لهذا الضمان . وقال الإمام : ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة ، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف .

ثم إذا غرم الوكيل للزوج ، قال البغوي : لايرجع عليها إلا بما سمت ، ويجيء فيه قول انه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين، كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يضف إليها .

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه ، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه .

ولو أطلق ولم يضف إليها ولا إليه ، فان قلنا بالمشهور ، فعلى الوكيل ماسماه ، وفيما عليها منه قولان . أظهرهما : عليها ما سمت والباقي على الوكيل ، فعلى هذا لو طالب الزوج الوكيل به ، رجع على الزوجة بما سمت . والثاني : عليها أكثر الأمرين مهر المثل وما سمت . فإن بقي شيء مما [سمى][1] فعلى الوكيل . وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل ، لم تجب تلك الزيادة ، لأن الزوج رضي بما سمى الوكيل . ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ، ثبت المال كذلك .

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت : خالع على دراهم ، فخالع بدنانير أو ثوب ، فوجهان . أحدهما عن القاضي حسين : ينصرف الاختلاع عنها فيلغو إن أضاف إليها ، ويقع عن الوكيل إن أطلق . وأصحها وبه قطع البغوي ، تحصل البينونة ، ثم ينظر ، إن أضاف الخلع إلى مالها . ولم يقل : وأنا ضامن ، فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في القول الثاني . وإن قال : وأنا ضامن أو لم يضف العقد إليها ، لم يرجع إلا ببدل ماسمت .

الحالة الثانية : إذا أطلقت التوكيل ، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل . فان نقص

---

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

عنه أو ذكر فيه أجلًا ، فقد زادها خيراً ، وإن زاد على مهر المثل ، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدر ، وحكمه ما سبق، لكن لايجيء قول وجوب أكثر الأمرين .

فرع

اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير ، بانت ولزمها مهر المثل ، سواء أطلقت التوكيل ، أو سمت الخمر والخنزير . وقال المزني : لايصح التوكيل إذا سمت الخمر ، ولا ينفذ معه خلع الوكيل . ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير ، وكان قد وكله بذلك ، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنا ومذهب المزني .

فروع
في فتاوى البغوي

قالت لوكيلها : اختلعني بطلقة على ألف ، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع إلا طلقة ، وإلا وقع الثلاث ، وليس عليها إلا ثلث الألف ، لأنه لم تحصل مسألتها إلا بثلث الألف ، وعلى الوكيل البقية . وفي هذا نظر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، وقع الثلاث واحدة منها بالألف ، وفيها أنها لو قالت : اختلعني من زوجي بثلاث على ألف ، فاختلعها واحدة على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع ، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه .

وأن الرجل لو قال لوكيله : خالعها ثلاثاً بألف ، فخالع واحدة على ألف ، وقع لأنه زاد خيراً .

وأنه لو وكله بتطليقها بألف ، ووكل آخر بتطليقها بألفين ، فأيها سبق وقع الطلاق بما سمى . وإن أوجبا معاً ، فقالت : قبلت منكما ، أو كانت وكلت

وكيلين أيضاً ، فقبل وكيلاها من وكيله معاً ، لم يقع شيء ، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف ، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لايصح البيع .

وفي فتاوى القفال ، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثاً ، فطلقها واحدة بألف ، وقعت رجعية ولايثبت المال ، ومقتضى هذا أن يقال : لو طلقها ثلاثاً بألف ، لايثبت المال أيضاً ، ولايبعد أن يقال : يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال : خالعها بمائة فخالع بأكثر .

الركن الخامس : الصيغة ، ولابد منها ، ويشترط أن لايتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ، فإن تخلل كلام كثير ، بطل الارتباط بينهما ، وإن تخلل كلام يسير ، لم يضر على الصحيح .

فصل

سألت زوجها طلاقاً بعوض ، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها ، فينظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق . وإن كان بعد الدخول ، فالطلاق موقوف . فإن أصرت حتى انقضت العدة ، فلا مال ولا طلاق . وإن أسلمت قبلها ، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال ، وحسبت العدة من وقت الطلاق .

ولو قالت له امرأتاه : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم أجابها ، فإن لم يكن دخل بهما ، لغا الطلاق ، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة . وإن أسلمتا قبلها ، تبينا وقوع الطلاق عليهما .

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل ، أم نصف المسمى ، أم حصتها [١] منه إذا وزع على مهر مثلها ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول . وإن أصرت إحداهما وأسلمت الأخرى ، لم يقع الطلاق على المصرة ، ويقع على المسلمة ، وفيما يلزمها الأقوال . وفي وجه يلزمها كل المسمى ، حكاه الحناطي .

ولو ارتدت إحداهما ثم أجابها وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة ، طلقت المسلمة دون المرتدة .

ولو ابتدأ الزوج فقال طلقتكما بألف ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فان لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا ، لغا الخلع . وإن دخل بهما وأسلمتا في العدة ، طلقتا ، وإن أسلمت إحداهما وأصرت الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما ، كما لو قبلت إحداهما دون الأخرى ، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب ، فلا بد من قبولهما [٢] بخلاف ما إذا ابتدأتا .

ولو خاطبهما كما ذكرنا وارتدت إحداهما ثم قبلتا ، فان كانت المرتدة غير مدخول بها ، أو مدخولاً [٣] بها وأصرت حتى انقضت العدة ، فلا طلاق فيهما . وإن أسلمت في العدة ، طلقتا . ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا : طلقنا بألف فأجابهما ثم أسلمتا ، طلقتا . وحكى الحناطي خلافاً ، في أنه يقع رجعياً أم ببدل ، وهذا الخلاف عجيب .

قلت : الصواب وقوعه بائناً ببدل ، كما أشار إليه الرافعي . والله أعلم

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : حصتها .

(٢) في الأصل : قبولها .

(٣) في الأصل : أو مدخول .

فصل

قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت الألف ، ففي « فتاوى القفال » أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل : اختلعت . وكذا لو قال الأجنبي : خالعت زوجتي بألف ، فقال : قبلته . وإنّ أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة : يشترط قولها : اختلعت ، ولا يشترط في الأجنبي .

فصل

قالت : طلقني على ألف ، فقال : طلقتك ، كفى وإن لم يسم المال ، كذا أطلقوه ، ويمكن جري خلاف فيه .

ولو قال المتوسط لها : اختلعت نفسك منه بكذا ؟ فقالت : اختلعت ، ثم قال للزوج وهو في المجلس : خالعتها ؟ فقال : خالعت ، صح الخلع على المذهب ، وبه قطع البغوي [قال البغوي :](1) ولو لم تسمع المرأة قول الزوج ، وسمع السفير كلامهما ، كفى ، والإسماع ليس بشرط ، ألا ترى أنه إذا خاطب أصم فأسمعه غير المخاطب وقبل ، صح العقد .

فصل

إذا طلقها على عوض أو خالعها ، فلا رجعة له ، سواء كان العوض صحيحاً ، أو

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

فاسداً ، سواء قلنا : الخلع فسخ أو طلاق . فلو قال : خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة ، فنقل الربيع والمزني ، أنه يقع الطلاق رجعياً ولا مال . وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة ، وتحصل البينونة بمهر المثل . فقال ابن سلمة وابن الوكيل : في المسألة قولان ، وبه قطع الإمام والبغوي ، ورجحا البينونة بمهر المثل ، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعياً بلا مال . ولو خالعها بمائة على أنه متى شاء رد المائة ، وكان له الرجعة ، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط ، وتحصل البينونة بمهر المثل ، فقيل بطرد الخلاف . وقيل بالجزم بالمنصوص ، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لاتعود .

فصل

لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، لأنها لاتستقل . ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها ، جاز بلا خلاف ، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف ، فخالعها في العدة ثم أسلم ، حكم بصحة الخلع ، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب ، والسفيه المحجور عليه ، ولايشترط إذن السيد والولي ، لأنه لايتعلق في الخلع عهدة توكيل [١] الزوج ، ولايجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض . فإن فعل وقبض ، ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ، ويكون الزوج مضيعاً لماله . ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً ، جاز سواء أذن السيد أم لا . فإن كان الاختلاع على عين مالها ، فذاك . وإن كان على

---

(١) في الأصل : بوكيل .

مال في الذمة ، نظر ، إن أضافه إليها ، فهي المطالبة . وإن لم يضف بل أطلق ، فإن لم يأذن السيد في الوكالة ، جاز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق . وإذا غرم ، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع . وإن أذن في الوكالة ، تعلق المال بكسبه ، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد . وإذا أدى من كسبه ، ثبت الرجوع على الموكلة . ولو وكلت في الاختلاع محجوراً عليه لسفه ، قال البغوي : لايصح . وإن أذن الولي ، فلو فعل وقع الطلاق رجعياً ، كاختلاع السفيهة ، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق . وأما إذا أضاف المال إليها ، فتحصل البينونة ويلزمها المال إذ لاضرر على السفيه .

فرع

الواحد لايتولى طرفي الخلع بالوكالة ، كالبيع وسائر العقود. فلو وكل الزوجان رجلًا تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله . وقيل : يجوز أن يتولى طرفي الخلع ، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب ، والإعطاء من جانب . وعلى هذا ، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف ، كبيع الأب ماله لولده ، والصحيح الأول .

فصل

يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها . فلو خالعها على إرضاع ولده أو حضانته مدة معلومة ، جاز ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا أفرد على ماسبق في الإجارة .
وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته ، خلاف سبق في الإجارة .

والمذهب الانفساخ ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور .

وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي ، كالموت . فإن قلنا بالانفساخ ، فذلك فيما بقي من المدة ، ولاينفسخ في الماضي على المذهب . وقيل : قولان من تفريق الصفقة ، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر . وعلى القول الآخر ، بأجرة مثل الارضاع تلك المدة ، وعلى الزوج لها أجرة الارضاع في المدة الماضية . وإن لم تنفسخ في الماضي ، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين . وعلى الثاني : يرجع بأجرة مثل مابقي من المدة . وإن قلنا : لاينفسخ العقد ، فان أتى بصبي مثله لترضعه ، فذاك ، وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة ، فوجهان . أحدهما : يبطل حقه ولاشيء عليها ، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين ، تستقر عليه الاجرة . والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين ، كما إذا تلف المبيع في يد البائع ، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض ، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد . ومقتضى كلام البغوي ترجيح الاول .

قلت : الاصح الوجه الثاني . والله أعلم

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه ، فقد قطع البغوي وغيره ، بأن الحكم فيه [كما][1] إذا حكمنا بالانفساخ ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف ، ولافرق بين العجز وعدمه كما سبق في « الإجارة » فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا : لاتنفسخ الإجارة ، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة ، فان في استقرار الاجرة وجهين ، سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة .

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

قلت : الصحيح ، ماجزم به البغوي وموافقوه . **والله أعلم**

فرع

لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالعها على كفالة ولده عشر سنين ، ترضعه منها سنتين ، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، نظر ، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم ، وكسوته كل فصل أو سنة ، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ، ووصفه بالاوصاف المشروطة في السلم ، ففي صحة الخلع بما سمى طريقان . أصحها : القطع بالصحة ، لان المقصود الكفالة ، وهذه الامور تابعة . والثاني : على قولين ـ لانه جمع بين بيع وإجارة ، ولانه سلم في أجناس ـ . أظهرهما : الصحة أيضاً .

فإن أبطلناه ، فهل يرجع بمهر المثل أم ببدل الأشياء المذكورة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به هنا ، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها .

وإن صححنا ، فهو في الطعام والشراب ، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد ، وبين أن يأمرها بالصرف إليه . قال ابن الصباغ : ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الانفاق على اللقيط من ماله ، بشرط الرجوع .

قلت : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر . **والله أعلم**

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين ، فذاك ، فان خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء ، فهو للزوج ، وإن كان رغيباً واحتاج إلى زيادة ، فهي على الزوج .

وإن مات الولد ، فله حالان .

أحدهما : أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع ، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد ، وجواز الإبدال ، فان حكمنا بالانفساخ ، ومنعنا الابدال ، انفسخ فيما بقي من المدة ، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعـام والكسوة خلاف تفريق الصفقة . والأظهر عدم الانفساخ . وإذا قلنا : لاينفسخ ، استوفى الزوج الطعام والكسوة ، ويرجـع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول ، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، وبيان الحصة بأن يُقوَّمَ الطعام والأدم والكسوة ، ومامضى من المدة ، وما بقي ، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميـع ، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة . وإذا قلنا : يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة ، رجع إلى مهر المثل على الاظهر ، وإلى بدل الجميـع على الثاني ، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع ، وقد يقع التقاص ، هذا هو المذهب . وعن القاضي أبي الطيب ، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل ، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة .

الحال الثاني : أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكمالها ، فيبقى استحقـاق النفقة والكسوة ، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجماً كما كان ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

ولو انقطع جنس بعض الاشياء المذكورة ، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه . أحدهما : ينفسخ العقد . فعلى هذا ينفسخ في المنقطع ، ولاينفسخ في الاعيان المقبوضـة على الاظهر ، كما لو اشترى عبدين ، فقبض أحدهما وتلف الآخر

ولا في الحضانة والارضاع على المذهب ، لبعد ما بينهما ، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة ، وله عليها مهر المثل على الاظهر . وفي قول : بدل المسمىٰ . وإن قلنا : لاينفسخ إلا في المنقطع ، رجع إلى حصته من مهر المثل على الاظهر ، وإلى بدل المنقطع في قول . والقول الثاني في الاصل وهو الاظهر ، أن انقطاع المسلم فيه لايقتضي الانفساخ ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، فله الفسخ في الجميع . وهل له الفسخ في المنقطع وحده ؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراده بالرد ، قال المتولي : وله الفسخ في الاعيان دون المنافع على المذهب لبعد ما بينهما جنساً وعقداً . وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه ، ففيما يرجع به القولان . هذا كله إذا كان المذكور مما يجوز السلم فيه ، ووصف بالصفات المشروطة في المسلم فيه ، فان لم توصف ، أو كان مما لايجوز السلم فيه كالثياب المخيطة ، والمحشوة ، والمطبوخ والمشوي من الطعام ، فالمسمى فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف .

الباب الثالث

في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها [١]

فيه أطراف .

الأول : في الالفاظ الملزمة وفيه مسائل .

إحداها : صيغة المعاوضة ملزمة ، فاذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق على ألف ، فقبلت ، صح الخلع ولزم الالف . ولو قال : أنت طالق وعليك ألف ، أولي

---

(١) في الأصل : ومقتضاه .

عليك ألف ، نظر ، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتدأ الزوج به ، وقع الطلاق رجعياً قبلت أم لا ، ولا مال ، بخلاف قولها : طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالالف ، لان المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام ، فيحمل لفظها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق . فاذا لم يأت بصيغة المعاوضة ، حمل على ماينفرد به وصيغته خبر . فلو قال : أردت بقولي : وعليك ألف الإلزام [١] وقصدت مايقصده القائل بقوله : طلقتك على ألف ، لم يصدق . فان وافقته ، فوجهان . أحدهما : لايؤثر توافقهما ، لان اللفظ لا يصلح للإلزام . وأصحهما : يؤثر فتبين بالالف . فعلى الاول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت ، لانها لو صدّقته [٢] لم تؤثر . وعلى الثاني ، يحلف . ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله : بعتك ولي عليك [كذا] ، تفريعاً على انعقاد البيع بالكناية ، أما إذا سبق استيجاب ، فان لم تذكر عوضاً بأن قالت : طلقني ، فحكمه كما لو لم تطلب . وإن ذكرته مبهما بأن قالت : طلقني ببدل ، فان عين الزوج البدل في الجواب فقال : طلقتك وعليك ألف ، فهو كما لو ابتدأ فقال : طلقتك على ألف ، فإن قبلت ، بانت بالألف ، وإلا فلا طلاق . وإن أبهم الجواب فقال : طلقتك بالبدل ، أو طلقتك ، بانت بمهر المثل . وإن عينت البدل ، فقالت : طلقني ، فقال : طلقتك وعليك ألف ، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب ، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، كان كقوله : طلقتك على ألف . ولو اختلفا ، فقال الزوج : طلبت مني الطلاق ببدل ، فقلت في جوابك : أنت طالق وعليك ألف ، فقالت : بل ابتدأت فلاشيء لك ، صدقت بيمينها في نفي العوض [٣] ولا رجعة له لقوله .

---

(١) في الأصل : الالتزام .

(٢) في الأصل : صدقت .

(٣) في إحدى نسخ الظاهرية : العد

المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ، فهو كقوله : أنت طالق على ألف . فإذا قبلت ، بانت ولزمها المال ، هذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وفي « عيون المسائل » ؛ وقطع به صاحب « المهذب » وسائر العراقيين . ومقتضاه انعقاد البيع بقوله : بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف ، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع . وقال الغزالي : يقع الطلاق رجعياً ولا مال . قال : فان فسر بالإلزام ، ففي قبوله وجهان . قال صاحب « التقريب » : لا ، وغيره : نعم .

الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، أو إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت في مجلس التواجب : ضمنت ، طلقت ولزمها ألف . ولو قالت : متى ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يعتبر المجلس بل متى ضمنت طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان . ولو أعطته المال ولم تقل : ضمنت أو قال : شئت بدل ضمنت ، لم تطلق . ولو ضمنت ألفين ، طلقت لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة ، بخلاف قوله : طلقتك على ألف ، فقالت : قبلت بألفين ، لأن تلك صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الايجاب والقبول .

فرع

قال الزوج لها : أمرك بيدك ، أو جعلت أمر الطلاق إليك ، فطلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فقالت : ضمنت وطلقت نفسي ، أو قالت : طلقت وضمنت ، بانت بالألف ، ويكون الضمان والطلاق مقترنين ، سواء قدمت لفظ الطلاق ، أو الضمان ، كما لو قال : طلقتك إن ضمنت لي ألفاً ، فقالت : ضمنت ، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين ، وإن تعاقب اللفظان ، فلو ضمنت ولم تطلق ، أو طلقت

ولم تضمن ، لم يقع الطـــلاق . وإذا جمعتها ، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً ، ويشترط كون التطليق في المجلس أيضاً على المذهب ، ولايشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً . وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب ، أم مجلس القعود ؟ وجهان . أصحها : الأول ، وقد سبقا في أول الكتاب . ولايخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام [١] دون الضمان المفتقر إلى أصيل .

الرابعة : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء ، لايقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح ، إلا إذا كان بصيغة « متى » وما في معناها ، فلا تختص بالمجلس ، وكل ذلك جارٍ في قوله : إن أقبضتيني كذا ، أو أدّيتِ [٢] إلي كذا . ولو قال : أنت طالق إن شئت ، أو أنت طالق على ألف إن شئت ، اشترط وجود مشيئتها في مجلس التواجب ، بخلاف التعليق. كسائر الصفات ، لانه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها . وحكى الحناطي قولاً أنه لايشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت ، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق . وإذا قالت في المجلس : شئت وقبلت ، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال ، ولايشترط تسليم المال في المجلس . وإن اقتصرت على قولها : شئت ، أو قبلت ، فثلاثة أوجه . أصحها عند الغزالي : يكفي ، لان كلا منها يشعر بالرضى والالتزام ، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد . والثاني : لابد من الجمع بينها ، لانـه لو اقتصر على قوله : أنت طالق [كان جوابها قبلت ، ولو اقتصر على قوله : أنت طالق] [٣] إن شئت ، كان جوابها شئت ، فاذا جمعها ، اشترط جمعها في الجواب . والثالث : يكفي قولها : شئت ،

---

(١) في الأصل : الالزام .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : أو إن أديت إلي .

(٣) الزيادة من مخطوطات الظاهرية .

ولايكفي قولها : قبلت ، لان القبول ليس مشيئة ، ولهذا لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قبلت ، لم تطلق ، وبهذا قطع المتولي ، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح بل الصحيح . **والله أعلم**

فعلى الثالث : لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات ، وعلى الثاني : في جواز رجوعه وجهان ، لتردده بين التعليق والمعاوضة . ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة « متى » طلقت متى شاءت ، ولايختص بالمجلس كسائر الصفات . ولو قالت : طلقني بألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق ، فيتوقف على مشيئة مستأنفة . ولو نكّر فقال : على ألف ونوى ما ذكرت ، فكذلك الحكم . وإن نوى غير الدراهم ، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ، ولابدل ، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل [1] به القبول والمشيئة ، كما لو ابتدأ به ، وهذا هو القياس الحق . ولو لم ينو شيئاً ، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعياً أو بائنا ، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ ومقتضى جعله مبتدأ أن لايقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة .

الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه . فإن سلمت المال إليه فقبضه ، فذاك ، وإن وضعته بين يديه ، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح ، لانها أعطته وهو يفوت حقه . وقيل : لايكفي الوضع ، فلايقع به الطلاق ، وهو ضعيف غريب . فاذا أعطته ، دخل في ملكه على الصحيح .

---

(١) في الأصل : يبطل .

وقيل : لا بل يرده ، ويرجع بمهر المثل ، ويجري هذا الوجه في قوله : إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت : ضمنت ، لان لزوم المال بمجرد قولها بعيد ، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء . وإذا قال : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها ، فقبضه الزوج ، لم تطلق ، لانها لم تعط هي ، وكذا لو أعطته عن الالف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، لم تطلق . ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سلم إليه ، فسلمه ، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء ، قاله المتولي . ولو علق الطلاق بالإقباض فقال : إن أقبضتني كذا فأنت طالق ، فوجهان . أصحها وبه قطع المتولي : أنه تعليق محض ، لان الإقباض لايقتضي التمليك ، بخلاف الإعطاء . فعلى هذا ، لايملك المقبوض وليس له مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعياً . ولايختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات . والثاني : أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرنا فيه . ولو قالت : إن قبضت منك كذا ، فهو كقوله : إن أقبضتني ، ويعتبر في القبض الأخذ باليد ، ولايكفي الوضع بين يديه ، لأنه لايسمى قبضاً ، ولو بعثته مع وكيلها ، لم يكف . ولو قبض منها مكرهة ، طلقت لوجود الصفة . وفي التعليق بالاعطاء ، لو أخذ منها كرها ، لم تطلق لأنها لم تعطه . وذكر المتولي ، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول : إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، متعين . والله أعلم

والأداء والدفع والتسليم ، كالإقباض .

فرع

قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطت ألفين ، طلقت ، لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق ، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف ، وكذا لو قال : إن ضمنت لي ألفاً فضمنت ألفين ، ويلغو [١] ضمان الزيادة على ألف . وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به ، كانت أمانة عنده ، ويخالف هذا قوله : خالعتك بألف فقالت : قبلت بألفين ، فإنها لاتطلق لعدم موافقة الإيجاب .

السادسة . في بيان ما ينزل عليه الدرهم . إذا علق الطلاق باعطائه ، ومايقبل تفسيره ، وقد سبق في « الزكاة والإقرار » قدر الدرهم الإسلامي ، واسم [٢] الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة ، سواء كان نوعه جيداً ، أو رديئاً ، لسواد أو خشونة أو غيرهما . فإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، طلقت بأي نوع أعطته . لكن إذا كان في البلد نقد غالب ، فأتت بغيره ، طولبت به ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات . وفي قول : يرجع بمهر المثل ، والمشهور الأول . فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل ، فالمعطى غير مملوك ، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب ، فالمعطى مملوك للزوج ، وله رده والمطالبة بالغالب . وذكر في « الوسيط » : أنه لايملكه ويجب الإبدال ، والصحيح الأول . ثم العادة الغالبة ، إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك ، ولاتؤثر في الإقرار والتعليق ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما . أما في التعليق ، فلقلة وقوعه ، وأما

---

(١) في الأصل : ويغلو .

(٢) في الاصل : وأسلم .

في الإقرار ، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب [١] ، أو وجوب في بقعة أخرى . ولو قال : طلقتك على ألف ، فهذا ليس بتعليق ، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات .

فرع

لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدته ، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها ، لأن الغلبة لاتؤثر فيها ، واللفظ صريح في الوازنة ، وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان . أحدهما : المنع ، لأن اللفظ صريح في القدر المذكور ، والعرف لايغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع . وأصحها : التنزيل عليها ، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة . وفي قبول تفسير المقر بالناقص خلاف وتفصيل سبق في الاقرار . ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة ، فإن كانت زائدة ، قبل على المذهب ، وإن كانت ناقصة ، قبل قطعاً ، لأنه توسيع لباب الطلاق .

فرع

لو أتت بدراهم مغشوشة ، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة ، فقد أطلق الغزالي أنه لاينزل اللفظ عليها ، فلايقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة ، لكن تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة . ومن قال بهذا قال : التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة . فان قلنا : التفسير بها ، فهل تراجعه ليعبر عن مقصوده ، أم تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر ؟ فيه احتمالان في « البسيط » .

---

(١) في الأصل : للغالب .

قلت : أفقهما : الثاني . **والله أعلم**

وقطع المتولي والبغوي ، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة ، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة ، وهل تسلم له الدراهم بذلك ؟ قال المتولي : يبنى على جواز المعاملة بالمغشوشة . إن لم نجوزها ، رد الدراهم ولزمها مهر المثل ، وإلا سلمت له الدراهم ، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح . أما إذا كان الغالب في البلد الدراهم الخالصة ، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً . وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته ، كما لو أعطته سبيكة . فان قلنا بالصحيح وهو الوقوع ، فهل يملك الزوج المدفوع إليه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن المعاملة تنزل على الغالب . والثاني : [نعم](١) ، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق ، وكذا في إفادة الملك ، لكن له الرد بسبب العيب . فاذا رد ، رجع إلى مهر المثل على الاظهر ، وإلى ألف خالصة في قول .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة ، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً ، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً ، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً .

قلت : ظاهر كلام القائل بالملك ، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة ، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة . **والله أعلم**

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة ، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع ، والأصح الجواز .

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهرية .

السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأتت به بالصفة ، طلقت ، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم ، وإن أعطته على غير تلك الصفة ، لم تطلق ولايملكه . فلو كان بالصفة لكنه معيب ، فله الخيار . فان رده ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمته سليماً في قول ، وليس له المطالبة بسليم بالصفة ، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لايرد العبد ، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف . أما إذا قال : إن أعطيتني عبداً ولم يصف ، فأعطته عبداً لها ، طلقت لوجود الصفة ولايملكه ، لان الملك فيه يكون معاوضة ، والمجهول لايكون عوضاً ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى ابن كج والحناطي وجهاً ، أنه يقع الطلاق رجعياً ، ولاشيء عليها ، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض ، فقال فيجوابها : إن أعطيتني عبداً فأنت طالقفأعطت ، والصحيح الاول ، وسواء إن أعطت سليماً أو معيباً ، أو قناً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة ، لوقوع اسم العبد عليه ، وإمكان نقله وتمليكه . فان أعطته مكاتباً ، لم تطلق . وكذا لو قال لاجنبي : إن أعطيتني أمة ، فامرأتي طالق ، فأعطاه أم ولده . وأشير في المكاتب إلى وجه . ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته ، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل ، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة ، لم تطلق مثل أن يقول : إن أعطيتني عبداً تركياً ، فأعطته هندياً . ولو أتت بعبد مغصوب ، أو مشترك لها ولغيرها ، أو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأتت بدراهم مغصوبة ، فوجهان . أحدهما : يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل . وأصحهما : لايقع لانه لايسمى إعطاءً ، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر .

قلت : يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه ، وإلا فهو كغيره . والله أعلم

ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته ، وقـع الطلاق بائناً على المذهب ، ويرجع بمهر المثل . وقيل : لايقع ، وقيل : يقع رجعياً . ولو قال : إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً ، فأنت طالق ، فقد سبق أنها إذا أتت به ، بانت ووجب مهر المثل . فان أتت بخمر مغصوبة ، بأن كانت محترمة أو لذمي ، فان قلنا في العبد المغصوب : يقع الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . أصحها : الوقوع ، لان الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه . والثاني ، المنع ويحمل على ما يختص به يداً ، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً . ولو قال : إن أعطيتني هذا الحر ، فثلاثة أوجه . أصحها : يقع الطلاق بائنا بمهر المثل . والثاني : لايقع . والثالث : يقع رجعياً ، لانه لايملك بحال ، فالزوج لم يطمع بشيء . ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق ، فأعطته ، طلقت وملكه ، فان خرج مستحقاً أو مكاتباً ، فوجهان . أحدهما : لا يقـــع الطلاق . وأصحها : وقوعه للإشارة ، ويرجع بمهر المثل على الاظهر ، وبقيمته في قول . وإن وجده معيباً ، فله رده ، وفيما يرجع به القولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : قيمته سليماً . وقيل : ليس له الرد بل يرجـع بالأرش ، والصحيح الاول . قال البغوي : ولو قال لزوجته الامة : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ، لم تطلق لانها لم تملكه [1] فان قال : هذا الثوب فأعطته طلقت ، وفيما يرجـع به القولان . وهذا تفريـع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين ، ولايخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميـع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس .

الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق ، فأعطته وبان مرويا ، لم تطلق . وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : لاتملكه .

أو بالعكس ، طلقت على الاصح ، لانها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف . ولو خالعها على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة ، فبان مروياً ، رده وطالبها بهروي بالصفة . ولو خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مرويا ، وقعت البينونة وملكه الزوج ، وإخلاف الصفة كعيب ، فله خيار الخلف . وقيل : إن لم تنقص قيمته عن الهروي ، فلا خيار لأن الجنس واحد ولا نقص ، والصحيح الأول . فان رد ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة هروي في الثاني . فان وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد ، رجع بقدر النقص من مهر المثل على الأظهر ، وبقدر ما نقص من القيمة في الثاني ، وليس له هنا طلب هروي لأنه معين هنا[1] بالعقد . قال أبو الفرج السرخسي : وهذا على قولنا : إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر ، كما سبق في النكاح . فان قلنا : هو كاختلاف العين ، فالعوض فاسد فليس له إمساكه ، ويرجع بمهر المثل على الاظهر ، أو قيمة الثوب مروياً على قول . ولو خالعها على ثوب معين ، على أنه كتان فخرج قطنا أو بالعكس ، فوجهان . أحدهما وبه قطع البغوي : أنه كاختلاف الصفة ، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مرويا . وأصحهما وبه قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين : أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل على الاظهر ، وبقيمة ثوب كتان في قول ، وليس له إمساكه ، وهؤلاء قالوا : لو باعه على أنه كتان فبان قطناً ، بطل البيع . ولو قالت : خالعني على هذا الثوب فانه هروي ، فخالعها عليه فبان مرويا ، فهو كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ، لأنها غرته . قال المتولي : لو قالت : هذا الثوب هروي فقال : إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته فبان مروياً ، بني على المتواطىء عليه

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : متعين

قبل العقد ، كالمشروط فيه أم لا ؟ إن قلنا ، نعم ، لم يقع الطلاق ، وإلا وقع ، وليس له إلا ذلك الثوب . ولو قال : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه ، فلا رد لانه لاتغرير من جهتها ، ولا اشتراط منه ، وكذا لو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي ، كذا ذكره البغوي . فان قيل : قوله : وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروياً ، فلم لم يفد الاشتراط في قوله : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي ، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هرويا ، كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ؟ فالجواب أن قوله : وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل ، لان قوله : إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه وتمامه بالفراغ من قوله : فأنت طالق . وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل ، فجعل قوله بعده : وهو هروي جملة مستقلة، ولم يتقيد بها الاول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع

في سؤال المرأة الطلاق بمال ، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف .

الأول : في ألفاظها وفيه مسائل .

الأولى : إذا قالت : طلقني بكذا ، أو على كذا ، أو على أن علي كذا ، أو على أن أعطيك كذا ، أو أن أضمن لك ، أو إن طلقتني ، أو إذا طلقتني ، أو متى طلقتني ، فلك علي كذا ، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب في

المجلس بلا خلاف ، في « متى » وغيرها ، بخلاف قول الرجل : متى أعطيتني ، وقد سبق الفرق .

الثانية : قالت : إن طلقتني فابرأ من صداقي ، أو فقد أبرأتك ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من الصداق ، لأن الإبراء لا يصح تعليقه ، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وهذا تفريع على الجديد الاظهر أن تعليق الابراء لا يصح ، وكان لا يبعد أن يقال : طلق طمعاً في عوض ، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالخمر .

الثالثة : قالت : طلقني ولك علي ألف ، فقال طلقتك ، بانت ولزمها الألف ، لأنها صيغة التزام . وقيل : لايثبت العوض ، بل إن اقتصر على قوله : طلقتك ، وقع رجعياً ، وإن قال : طلقتك على ألف ، احتاج إلى قبولها ، والصحيح الأول . قال المتولي . ويقرب من هذا قولها : طلقني وأضمن لك ألفاً . ولو قالت : وأعطيك ألفاً ، فالاصحّ أنه إذا طلقها مطلقا ، وقع رجعياً ، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام ، بخلاف الإعطاء ولم يطردوا الوجه المذكور هنا في الجعالة ، بل لو قال : رد عبدي ولك علي كذا ، فرده ، لزم المال بلا خلاف ، ولو قال المشتري : بعني هذا ولك علي كذا ، فقال : بعت ، فوجهان : أحدهما : ينعقد كالاختلاع والجعالة ، وهذا هو المذكور في فتاوى القفال ، والثاني : لا ، لأنه يحتمل فيها مالا يحتمل في البيع ، كالتعليق ، وفيما علق عن الامام ، أن هذا أصح . ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح ؟ فأما كونه كناية ، فينبغي أن يكون متفقاً عليه .

الرابعة : قالت : طلقني على ألف ، أو أتت بصيغة أخرى صريحة [١] في الالتزام ،

---

(١) في نسخ الظاهرية : صحيحه

فإن أجابها وأعاد ذكر المال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: طلقتك، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح، وقيل: يقع الطلاق رجعياً ولا مال. ولو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، قبل وكان رجعياً، فإن اتهمته، حلفته.

الخامسة: اللفظ الدائر بين الزوجين، إن كان صريحاً منهما، فذاك، وإن كان لفظها كناية، بأن قالت: أبني، قال: أبنتك، فإن نويا الطلاق، نفذ ولزم المال إن ذكرا مالاً. وإن لم ينو الزوج، فلا فرقة، وإن نوى دونها، نظر، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب، لم يقع الطلاق، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي، وإن ذكر هو المال دونها، فلا طلاق، لأنها لم تسأل فرقة، وهو إنشاء فرقة على مال، ولم يتصل به قبول. وإن ذكرت هي المال، فقالت: أبني على ألف، فقال: ابنتك، فلا طلاق على الأصح، كما لو ذكر المال. وقيل: يقع رجعياً كما لو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، فإنه يقع رجعياً قطعاً.

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية، فالكناية مع النية كالصريح، ودون النية لغو. وعن ابن خيران، أنها لو قالت: طلقني فقال: أبنتك ونوى، لم يقع، لأن الصريح أقوى، فالمأتي به غير المسؤول، والصحيح الأول.

الطرف الثاني: في سؤالها عدداً، فيه مسائل.

إحداها: قالت: طلقني ثلاثاً بألف، أو على ألف، أو ولك عليّ ألف، أو إن طلقتني ثلاثاً، فلك علي ألف، فطلقها واحدة، ففيه أربعة أوجه. الصحيح أنه يقع طلقة بثلث الألف، والثاني: لايقع طلاق. والثالث: يقع طلقة بمهر

المثل ، والرابع : طلقة بثلث مهر المثل.حكى الحناطي الأخيرين . فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين ، استحق ثلثي الألف . وإن طلق طلقة ونصفا ، فهل يستحق ثلثي الألف ، أم نصفه ؟ وجهان .

قلت : الثاني أرجح . **والله أعلم**

ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو لايملك إلا طلقة ، فطلقها تلك الطلقة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف ، لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث وهو البينونة الكبرى .

وللأصحاب أوجه . أصحها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم : وجوب جميع الالف ، كما نص عليه ، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة أم ظنت بقاء الثلاث ، والثاني : لايستحق إلا ثلث الالف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران ، والثالث : إن علمت استحق الالف ، وإلا فثلثه ، قاله ابن سريج وأبو إسحاق . والرابع : يستحق مهر المثل ، قاله صاحب « التلخيص » . والخامس : لايستحق شيئاً ، لانه لم يطلق كما سألت ، حكاهما الحناطي . ولو سألت الثلاث بألف ولايملك إلا طلقتين ، فطلقها واحدة ، فله ثلث الالف على الاصح المنصوص ، وكذا على الثاني ، وله النصف على الثالث إن علمت ، وإلا فالثلث .

وإن طلقها الطلقتين ، فعلى النص له الالف ، وعلى الثاني ثلثاه ، وعلى الثالث إن علمت ، فالالف ، وإلا فثلثاه ، وزاد الحناطي وجهاً رابعاً ، وهو الرجوع بمهر المثل ، وخامساً : وهو ثلثا مهر المثل ، وسادساً : وهو أنه لاشيء له . ولو قالت : طلقني عشراً بألف ، فإن كان يملك الثلاث ، فالاصح الاشهر الجاري على قياس النص ، أنه يستحق بالواحدة عشر الالف ، وبالثنتين عشريه ، وبالثلاث جميع

الالف . وقيل : إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو ، فيستحق بالواحدة الثلث ، وبالطلقتين الثلثين ، وطرد الوجهان على قياس قول المزني . فعلى الاشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الالف . وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي . وعلى قول من فرق بين العلم والجهل ، تستحق بالثلاث الجميع ، وبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثين ، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو . فإن ظنت أنه يملك عشراً ، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام ، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الالف أم الجميع ؟ ولو لم يملك إلا طلقتين فسألته عشراً ، فعلى قياس النص ، إن طلقها واحدة ، استحق عشر الالف أو الثلث . وإن طلق ثنتين ، فتمام الالف . وعلى قياس المزني ، المستحق العشر أو العشران على الاشهر ، والثلث أو الثلثان [1] على الوجه الآخر . وعلى قول الفارق إن علمت ، فله بالواحدة النصف ، وبالثنتين الجميع . وإن ظنت أنه يملك الثلاث ، فبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان . قال الاصحاب : والضابط على النص ، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها ، فله المسمى ، وإن أجابها ببعضه ، فله قسطه بالتوزيع . وإن ملك بعض المسؤول ، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع ، فله المسمى ، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الاشهر . وعلى قول المزني ، التوزيع على المسؤول أبدا ، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت . فإن علمت ، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول ، فلو ملك الثلاث فسألته ستاً بألف ، فعلى النص وقول المزني : له بالواحدة السدس ، وبالثنتين الثلث . فإن طلق ثلاثاً ، فعلى النص : له الجميع ، وعند المزني : له النصف وعلى الوجه : له بالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان ، وبالثلاث الجميع .

---

(١) في الأصل : والثلت والثلثان .

المسألة الثانية : قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث[1] فقال : أنت طالق واحدة بألف وثنتين مجاناً ، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم ، أن الاولى تقع بثلث الالف ، لانها لم ترض بواحدة إلا بثلث الالف كالجعالة ، ولايقع الاخريان لانها بانت بالاولى . وقال الإمام : القياس الحق ، أن لاتجعل كلامه جواباً لها ، لانها سألت كل واحدة بثلث الالف وهو لم يرض إلا بالالف ، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها ، كان مبتدئاً ، فإذا لم تقبل ، لاتقع الطلقة ، كما لو قالت : طلقني واحدة بثلث ألف ، فقال : طلقتك واحدة بألف ، لايقع . وإذا لم تقع الواحدة ، وقع الاخريان رجعيتين ، وتابعه الغزالي وغيره على ماقال ، وهو حسن متجه ، والاول بعيد ، وأبعد منه ما في « التهذيب » ، أنه تقع الواحدة بالالف ، ولاتقع الاخريان ، ولعله غلط من الناسخ . ولو سألته الثلاث بألف ، فقال : طلقتك واحدة بثلث الالف ، وثنتين مجاناً ، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع ، وزال الإشكال ، فتبين بالاولى ، ولاتقع الاخريان ، ونقل الائمة : إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل . ولو قال : طلقتك ثنتين بألف وواحدة مجاناً ، فعلى الاول : تقع الثنتان بثلثي الالف ، وعلى الثاني : لايقعان . ولو قال : طلقتك واحدة مجاناً وثنتين بثلثي الالف ، أو ثنتين مجاناً وواحدة بثلث الالف ، وقع ما أوقعه مجاناً ، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها ، والجديد صحته . فعلى هذا : تقع الثنتان بثلثي الالف ، وعلى القديم : يقعان بلا عوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفيهة ، وإن لم تكن مدخولاً بها ، بانت بما أوقعه مجاناً ، فلايقع ما بعده .

---

(١) في الأصل : الثلث .

ولو قال : طلقتك واحدة مجاناً وثنتين بالالف ، ففي « التهذيب » أنه إن كان بعد الدخول ، وقعت الاولى مجاناً والثنتان بثلثي الالف ، ولايستحق تمام الالف وإن حصل غرضها ، لان ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال ، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً .

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا ، لانها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الالف وقد أوقعها بألف ، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدءاً . فأما إذا لم يتصل به قبول ، لغا . وفي « التهذيب » أيضاً أنه لو قال : طلقتك ثلاثاً ، واحدة بألف ، وقع الثلاث واستحق ثلث الالف ، ويعود فيه الإشكال .

المسألة الثالثة : قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث واستحق الالف . وهل الالف في مقابلة الثلاث أم الواحدة ؟ وجهان . ظاهر النص : ثانيها ، ولايتعلق بالخلاف فائدة حكمية . ولو قال : بعني هذا العبد بألف ، فقال : بعتكه مع هذين العبدين بألف ، فالبيع باطل على الصحيح ، لانه معاوضة محضة بخلاف الخلع ، فإنه كالجعالة . وقيل : يصح البيع في الجميع ، وقيل : يصح في العبد المسؤول خاصة . ولو أعاد في الجواب ذكر الالف . فقال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فهل يقع الثلاث بألف ، أم الثلاث بثلث الالف ، أم واحدة بثلث الالف ولا يقع الاخريان ، أم لايقع شيء أصلاً ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الاول .

وينبغي أن تطرد هذه الاوجه فيما إذا لم يعد ذكر الالف . ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق طلقتين ، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف ، وفيه احتمال للإمام ، إذ لم تحصل البينونة الكبرى ، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل البينونة الكبرى .

الرابعة : قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، أو أنت طالق بخمسمئة ، فهل يقع الطلاق بخمسمئة أم بألف ويلغى قوله : بخمسمئة لأنها بانت بقوله : طلقتك واستحق الألف ، أم لايقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . ولو قال : بعني عبدك بألف ، فقال : بعتك بخمسمئة ، لم ينعقد البيع على الأصح ، لأنه معاوضة محضة . وقيل : يصح بخمسمئة .

الخامسة : قالت : طلقني على كذا درهماً ، فطلقها على دنانير ، كان مبتدئاً بكلامه ، فينظر ، أيتصل به قبول أم لا ؟

ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق وطالق وطالق ، سئل ، فإن قال : أردت مقابلة الأولى بالألف ، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الاخريان . وإن قال : أردت الثانية بالألف ، وقعت الأولى رجعية ، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية ، فإن صححناه ، لغت الثالثة ، وإلا ، فلا . وإن قال : أردت الثالثة ، وقعت الأوليان بلا عوض ، وفي الثالثة الخلاف . وإن قال : أردت مقابلة الجميع بالألف ، وقعت الأولى بثلث الألف ، ولغت الأخريان ، وإن لم يكن له نية ، قال البغوي : بانت الأولى بالألف ، لأنه جواب لقولها ، ولغت الأخريان . وذكر صاحب « المهذب » مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال : أنت طالق وطالق وطالق بألف ، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب . ولو قال في جوابها : أنت طالق طالق طالق [1] واحدة بألف ، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف ، والباقي كما ذكرناه .

---

(١) في نسخ الظاهرية : أنت طالق ، وطالق ، وطالق .

هذا إذا كانت مدخولاً بها ، فإذا لم تكن ، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف ، بانت الأولى ، ولغا ما بعدها . ولو قالت له وهو لايملك إلا طلقة : طلقني طلقتين بألف ، فقال : طلقتك طلقتين ، الاولى منها بألف ، والثانية مجاناً ، استحق الألف . وإن قال : الثانية منها بألف ، وقعت الاولى بلا عوض ولغت الثانية . وإن قال : إحداهما بألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك طلقتين ، سئل ، فإن قال : أردت الاولى والثانية ، فعلى ما ذكرنا ، وإن قال : لم أنو شيئاً ، ففي استحقاقه المال وجهان ، أصحها : نعم لمطابقة الجواب السؤال .

ولو أعاد ذكر المال ، فقال : طلقتك طلقتين بألف ، فهل يستحق خمسمائة عملاً بالتوزيع ، أم ألفاً لحصول البينونة الكبرى ؟ وجهان . أصحها : الثاني ، وبه قال أبو زيد .

فرع

لو لم يملك إلا طلقة ، فقالت : طلقني ثلاثاً بألف طلقة ، أحرم بها في الحال ، وطلقتين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج ، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ ، فطلقها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا كلامها في الآخرتين .

ثم النص في « المختصر » : أن للزوج مهر المثل ، وللأصحاب طريقان . أحدهما : هذا ، وأصحها على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره ، فإن أبطلنا ، فله مهر المثل ، وإن صححنا ، فلها الخيار في العوض لتبعيض مقصودها ، فإن فسخت ، فله مهر المثل ، وإن أجازت ، فهل يجيز بكل الالف ، أم بثلثه عملاً بالتقسيط ؟ قولان كالبيع ، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط ، لان المشتري بالفسخ

يدفع العقد من كل وجه ، والطلاق هنا لامدفع له ، فيبعد إلزامها [١] بواحدة ما التزمته للثلاث .

السادسة : قالت : طلقني نصف طلقة بألف ، أو طلق نصفي ، أو يدي ، أو رجلي بألف ، فأجابها بذلك ، أو قال ابتداء : طلقتك نصف طلقة ، أو طلقت نصفك بألف ، فقبلت ، فلايخفى أن الطلاق يقع مكملا ، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً . ثم الواجب في هذه الصور ، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة .

ولهذا لو قال : بعتك هذا نصف بيعة ، أو بعته لنصفك أوليدك ، لم يصح البيع . وإذا فسدت الصيغة ، تعين مهر المثل ، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبدل المسمى إذا كان الفساد في المسمى . وحكى الإمام وجهاً واختاره : أنه يجب المسمى ، لان الشرع كمل ذلك المبعض فصار كتكميلها .

الطرف الثالث : في تعليقها بزمان وفيه مسائل .

الأولى : قالت : طلقني غداً ولك علي ألف ، أو إن طلقتني غداً فلك علي ألف ، أو قالت : خذ هذا الالف على أن تطلقني غداً فأخذه ، لم يصح ، ولم يلزم الطلاق ، لانه سلم في الطلاق والطلاق لايثبت في الذمة .

ثم إن طلقها في الغد أو قبله ، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال ، لانه إن طلق في الغد ، فقد حصل مقصودها . وإن طلق قبله ، فقد زادها كما لو سألت طلقة فطلق ثلاثاً . فلو قال : أردت الابتداء ، صدق بيمينه وله الرجعة ، وفي المال الواجب طريقان . المذهب والمنصوص : مهر المثل . والثاني : قولان . ثانيهما : المسمى .

---

(١) في الأصل : التزامها .

وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً ببطلان ما جرى ، وبين تطليقها جاهلاً ببطلانه ؟ قال القاضي حسين والبغوي : يفرق ولايلزمها شيء إذا طلقها عالماً ، بل يقع رجعياً ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة ، فإنه لافرق في ثبوت المال بين العلم والجهل . وإن طلقها بعد مضي الغد ، نفذ رجعياً ، لأنه خالف قولها ، فكان مبتدئاً ، فإن ذكر مالاً ، اشترط في وقوعه القبول .

الثانية : قالت : لك ألف إن طلقتني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت ، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة [١] الغد ، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئاً ، وإن طلقها في الشهر ، وقع الطلاق بائناً . وفي المال الواجب الطريقان . ولايشترط وقوع الطلاق في المجلس ، وقد ذكرنا في الباب الأول ، وفي الطرف الأول من هذا الباب ، أنها إذا قالت : متى طلقتني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس .

وللأصحاب طريقان حكاهما الإمام ، أحدهما : طرد القولين فيها ، والمذهب : الفرق ، لأن كلمة « متى » ظاهر في جواز التأخير ، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات ، وهنا صرحت بجواز التأخير ، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية : هي اشتراط المجلس وعدمه ، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف .

الثالثة : قالت : طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر ، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك ، فطلقها كذلك ، وقع الطلاق مؤبداً ، وفي قدر المال الواجب

---

(١) في الأصل : ومن مسألة الغد .

الطريقان ، وطريقة القطع هنا أظهر ، لأن الشرط هنا لايمكن الوفاء به ، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض ، فيتعين مهر المثل .

الرابعة : علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال : طلقتك إذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف ، فقبلتْ ، أو سألته ، فقالت : علق طلاقي برأس الشهر ، أو بدخول الدار على ألف فعلق ، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق . وقيل : لايقع لأن المعاوضة لاتقبل التعليق ، فيمتنع ثبوت المال . وإذا لم يثبت ، لم تطلق لارتباطه ، فإن قلنا بالصحيح ، اشترط القبول على الاتصال ، قال القفال : ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال ، أو عند وجود الصفة ، والمعروف الأول .

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان . وقيل : قولان ، أصحها عند الجمهور : الأول ، ويجري الخلاف فيما إذا قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني ، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها . وقيل : إن ابتدأ الزوج بالتعليق ، وجب المسمى ، وإن ابتدأت بالسؤال ، فمهر المثل . وإذا أثبتنا المسمى ، فمتى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه . أصحها : في الحال ، واختاره ابن الصباغ ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض تأخر بالتراضي . فإن تعذر [١] تسليم المعوض ، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه ، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه .

والثاني : يجب في الحال ، لكن لايلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض .

---

(١) في الأصل : فإن تأخر .

والثالث : لايجب إلا عند البينونة ، ولاشك أنه لا رجوع لها قبل القبول .

فأما إذا قالت : طلقني غداً ولك ألف ، أو إن طلقتني غداً ، فلك ألف ، وهما الصورتان السابقتان في المسألة الأولى ، فلها الرجوع قبل التطليق ، لأن الجواب به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطليق .

الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبي ، فيه مسائل .

الأولى : يصح الخلع من الزوج مع الأجنبي ، ويلزم الأجنبي المال ، هذا إذا قلنا : الخلع طلاق . قال الأصحاب : فان قلنا : هو فسخ ، لم يصح لأن الزوج لايتفرد به بلا سبب ، ولايجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبي الطلاق فأجابه ، لان الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف .

الثانية : الخلع مع الاجنبي ، كهو مع الزوجة في الالفاظ والاحكام ، وهو من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق ، ومن جانب الاجنبي معاوضة فيها ثبوت جعالة . فلو قال الاجنبي : طلقت امرأتي وعليك كذا ، طلقت رجعياً ولا مال ، ولو قال الاجنبي : طلقها وعلي ألف ، أو لك ألف فطلق ، وقع بائناً ولزمه المال . ولو اختلعها عبد ، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها .

ولو اختلعها سفيه ، وقع رجعياً كما لو اختلعت سفيهة نفسها .

الثالثة : لو وكلت الزوجة من يخلعها ، فله أن يختلعها استقلالاً وبالوكالة . فان صرح بالاستقلال ، فذاك ، وإن صرح بالوكالة ، فالزوج يطالب الزوجة بالمال ، وإن لم يصرح ونوى الوكالة ، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب ، ثم يرجع عليها . وإن لم يصرح ولانوى شيئاً أصلا ، فالخلع لها ، لان منفعته لها بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء . ويجوز أن يوكل الاجنبي الزوجة لتختلع عنه ، وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة .

وقول الزوجة لاجنبي : سل زوجي تطليقي على ألف ، توكيل ، سواء قالت : علي أم لا . وقول الاجنبي لها : سلي زوجك يطلقك على كذا ، إن لم يقل : علي ، فليس بتوكيل . فلو اختلعت ، فالمال عليها . وإن قال : عليّ ، كان توكيلاً . فان أضافت إليه أو نوته ، فالمال على الاجنبي . وقول الاجنبي للأجنبي : سل فلاناً يطلق زوجته على ألف ، كقوله للزوجة ، فيفرق بين قوله : علي وعدمه . ولو اختلع الاجنبي ، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة ، ثم بان كذبه ، لم تطلق ، لانه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه ، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل .

فرع

قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف ، فباعه ، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح ، وهو قول الجمهور . قال القاضي أبو الطيب ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق الالف كالتماس الطلاق والعتق . ولو قال : بعه عندك بألف في مالي ، لم يستحق على القائل شيئاً .

الرابعة : أبو الزوجة في اختلاعها كالاجنبي ، فإن اختلع بمال نفسه ، فذاك ، صغيرة كانت أو بالغة ، وإن اختلع بمالها وصرح بالنيابة أو الولاية ، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع . وإن اختلع بمالها مصرحاً بالاستقلال ، فهو كالاختلاع بمغصوب ، فيقع الطلاق بمهر المثل على الاظهر ، وببدل المسمى في قول . ولو اختلع بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعياً كمخالعة[1] السفيهة ، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة ، بكراً أم ثيباً .

---

(١) في الأصل : كمخالفة .

وكذا لو قال للأجنبي[١] : خالعها على عبدها هذا ، أو صداقها ، وذكرا في تشبيه بالسفيهة أنه أهل للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها ، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب ، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهاً أنه يقع الطلاق بائناً ، ويعود القولان في قدر المال الواجب . والمذهب الفرق ، لان الاجنبي متبرع بما يبذله لايحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها ، فقد صرح بترك التبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب .

وبنى البغوي على هذا الفرق ، أنه لو قال الاجنبي : طلقها على هذا المغصوب ، أو على هذا الخمر ، أو على عبد زيد هذا ، فطلق ، وقع رجعياً ولامال ، بخلاف ما إذا التمست المرأة هكذا . ولو اختلع الاب أو الاجنبي بعبدها ولم يذكر أنه من مالها ، فان لم يعلم الزوج كونه عبدها ، فكالمغصوب ، فيقع بمهر المثل على الاظهر ، وإن علم ، فالاصح أنه كالذي لم يعلم . وقيل : المعلوم كالمذكور فيقع رجعياً ، هذا كله إذا اختلع الاب بغير صداقها ، فان اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقها ، أو قال : طلقها وأنت بريء من صداقها أو على أنك بريء من صداقها ، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعياً ، ولايبرأ عن صداقها ، ولاشيء على الاب . وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الاب عن صداق الصغيرة ، وإن جوزناه ، صح الخلع ، وإلا فالصحيح وقوعه رجعياً كما نص عليه كاختلاع السفيهة . وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب . فإذا صححنا عفو الولي ، فشرطه كونه قبل الدخول ، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين .

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقها وضمن له الدرك ، فالذي أطلقه الجمهور من

---

(١) في الأصل : الأجنبي .

العراقيين وغيرهم ، أنه لايبرأ ويقع الطلاق بائناً ، لانه التزم المال في نفسه ، فأشبه الاختلاع بمغصوب . فعلى هذا ، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق ؟ فيه القولان المعروفان . أظهرهما : الاول . وهكذا الحكم فيما إذا قال الاب أو الاجنبي : طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه . فعلى الاظهر : يلزم مهر المثل . وعلى الثاني : قيمة العبد . والذي قدمناه أنه لايلزمه شيء ، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان . وحكى الإمام ، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعياً كما لو قال : طلقها وأنت بريء من الصداق . ووجهاً أنه [إن] (١) قال : طلقها وأنا ضامن براءتك ، لغا ووقع رجعياً إذ لا فائدة فيه . وإن قال : وأنا ضامن للصداق ، إن طولبت به أديته عنك ، وقع (٢) بائناً لانه صرح بالمقصود ، إلا أنه التزام فاسد واختار الإمام الغزالي هذا .

ولفظ الضمان هنا ، كهو في قوله : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه . والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور . ولو التمس الطلاق على أنه بريء ، وضمن الدرك ، فقال الزوج في جوابه : إن برئت من صداقها ، فهي طالق ، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد .

الباب الخامس

في الاختلاف

فيه مسائل .

الأولى : قالت : خالعني على كذا ، فأنكر الزوج ، صدق بيمينه . ولو كان

---

(١) زيادة من مخطوطات الظاهريه

(٢) في الأصل : ووقع .

له زوجتان تسميان باسم واحد ، فقال : خالعت فلانة بكذا ، فقبلت إحداهما ، فقال الزوج : أردت الأخرى ، وقالت القائلة : بل أردتني ، فهو المصدق ولا فرقة .

ولو قال : طلقتك بألف ، فقالت : بلا عوض ، صدقت بيمينها في نفي العوض ، ولا يقبل قوله في سقوط سكناها ونفقتها ، وتحصل البينونة بقوله . ولو قال : خالعتك بالعوض الذي سألت ، فأنكرت أصل السؤال ، فكذلك الحكم .

وإن قالت : طلقتني[1] بعد طول الفصل ، وقال : بل في الحال ، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً . ولو قال : طلقتك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة ، وقالت : بل طلقتني متصلًا بسؤالي ، فلا رجعة لك ، فالمصدق الزوج .

الثانية : اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ، ولا بينة ، تحالفا وحصلت البينونة ، وإنما أثر التحالف في العوض . والقول في أنه هل تنفسخ التسمية ، أم تفسخ إن أصرّا على النزاع ، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدّم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر كتحالفهما في الصداق ؟ وقيل : يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه . وقيل : بأكثر الامرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته ، والصحيح الاول . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، فهل تتساقطان ، أم يقرع ؟ قولان حكاهما الحناطي . وعلى التقديرين ، هل يحلف ؟ وجهان . وعن ابن سريج ، أنه يعمل بأكثر البينتين .

قلت : الاظهر ، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة . والله أعلم

ولو خالع أجنبياً واختلفا ، تحالفا وعلى الاجنبي مهر المثل .

---

(١) في الأصل : طلقني .

الثالثة : سبق أنه لو خالعها على ألف درهم ، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن ، بطلت التسمية ووجب مهر المثل ، فإن نويا نوعـــاً ، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع . وقيل : تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع ، والفرق أنه يحتمل هنا مالا يحتمل في البيع . ولو قال : خالعتك على ألف ولم يذكر جنساً ، فالصحيح أنه كإبهام النوع ، فإن نويا جنساً ، تعيّن . وقيل : يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الاجناس . ولو قال : خالعتك على ألف شيء فقبلت ، ونويا شيئاً معيناً ، قال القاضي حسين : التسمية فاسدة لشدة الإجمال ، فيرجع إلى مهر المثل ، ويمكن أن ينازعه غيره . ثم قال الشيخ أبو محمد : إنما يؤثر التعيين بالنية إذا تواطآ قبـل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطأة ، ولم يعتبر آخرون ذلك ، بل اعتبروا مجرد التوافق .

قلت : هذا الثـاني ، هو الاصح . وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف . **والله أعلم**

وإذا عرفت هذه المقدمة ، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا ، فقال الزوج : أردنا بالدراهم النقرة ، فقالت : بل أردنا بها الفلوس أو على ألف ، فقال : أردنا الدنانير أو الدراهم فقالت : أردنا الفلوس ، فالصحيح أنهما يتحالفان . وقيل : يجب مهر المثل بلا تحالف .

فلو توافقا على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال : بل أردت النقرة أيضاً ، حصلت البينونة لانتظام الصيغة ومؤاخذة لها ، وتصدق هي بيمينها . فإذا حلفت ، فلا شيء عليها ، لانها نفت بيمينها النقرة ، ونفى هو الفلوس . ولو توافقا أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ، ولا فرقة للمخالفة ، فقالت :

بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك ، حصلت البينونه ظاهراً لاتفاق اللفظين . وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان ، قال القاضي حسين : نعم للبينونة ظاهراً ، والذي اختاره الغزالي : لا ، لإنكاره البينونة وعوضها .

قلت : هذا الثاني هو الاصح ، واختاره أيضاً الإمام . قال الإمام : فان قيل : لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية ، قلنا : إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل . **والله أعلم**

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدراهم ، وزعم أنها أرادت الفلوس ، ولا فرقة ، فقالت : أردت الدراهم وبنت ، فالفرقة حاصلة ، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج ، وبالثبوت قطع البغوي ، وقال : لاتحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً . ولو قال : أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها ، وقالت : أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه ، حصلت الفرقة . ثم عن القاضي حسين أنهما يتحالفان . وفي « البسيط » أن الوجه وجوب مهر المثل ، لانه لايدعي عليها معيناً حتى تحلف .

قلت : الاصح ، وجوب مهر المثل بلا تحالف . وقد نقل الإمام الاتفاق عليه ، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة . **والله أعلم**

ولو قال أحد المتخالعين : أطلقنا الدراهم . وقال الآخر : عينا نوعاً تحالفا .

الرابعة : قالت : سألتك ثلاث تطليقات بألف فأجبتني ، فقال : بل سألت واحدة بألف فأجبتك ، فالالف متفق عليه ، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان ، فاذا تحالفا ، فعليها مهر المثل . والقول في عدد الطلاق الواقع قوله بيمينه . قال

الحناطي : ولو أقام كل واحد بينة على قوله ، فان اتفق تاريخ البينتين ، تحالفا وإلا فالاسبق تاريخاً مقدمة . ولو قال : طلقتك وحدك بألف ، فقالت : بل طلقتني وضرتي ، تحالفا وعليها مهر المثل . ولو قالت : سألتك واحدة بألف ، فأجبتني فقال : بل طلقتك ثلاثاً بألف ، وقع الثلاث ووجب الألف ، ولا معنى لهذا الاختلاف . ولو قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني طلقة ، فلك الثلث فقال : بل ثلاثاً فلي الالف ، فان لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثاً ولزمها الالف ، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً ، طلقت ثلاثاً باقراره وتحالفا للعوض ، وعليها مهر المثل ، هكذا نص عليه في رواية الربيع . وفيما نقله أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » واختلف الاصحاب ، فأخذت طائفة بالنص ، وقال البغوي : يتحالفان وله مهر المثل ، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه . وقال آخرون : النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال . قال الإمام : ينبغي أن يقال في حالة الاتصال ، إن قال الزوج : ماطلقتك من قبل ، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف ، تقع الثلاث ويجب الالف ، لان الوقت وقت الجواب . وإن قال : طلقتك من قبل ثلاثاً تعذر [1] ، جعل هذا إنشاءً ، لانها بانت قبله ، فيقع الثلاث باقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الالف كما لو قال : إن رددت أعبدي الثلاثة ، فلك الالف ، فقال : رددتهم وقال : ما رددت إلا واحداً . وأما في حال الانفصال ، فيحكم بوقوع الثلاث باقراره وعليها ثلث الالف ، ولا معنى للتحالف ، لان التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض ، [وهما] [2] هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث ، وأن العوض ألف ،

---

(١) في الأصل : بقدر .

(٢) زيادة من نسخ الظاهرية .

وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً ، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان .

فرع

قال الحناطي : قالت : طلقتني ثلاثاً بألف فقال : بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله ، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة ، تحالفا وله مهر المثل .

الخامسة : تخالعا بألف فطالبها به ، فقالت : ضمنه زيد ، لم ينفعها هذا الجواب لان الضمان لايقطع الطلب عنها ، وكذا لو قالت : قبلت الخلع على أن يزن زيد عني الالف ، وهي في الصورتين مقرة بالالف . ولو قالت : قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد ، ففيه خلاف مبني على بيع الدين ، وحاصله أربعة أوجه . أصحها : التحالف بناء[1] على صحة بيع ألدين ، والثاني : يجب مهر المثل بلا تحالف ، بناء على منعه ، والثالث : تصدق هي بيمينها ، والرابع : هو بيمينه ، نقلها المتولي بناء على منعه ، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده .

فرع

قال : خالعتك ، فقالت : اختلعني أجنبي لنفسه بماله ، بانت باعترافه ولا شيء عليها ، ولا على الاجنبي . ولو قالت : اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه ، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو ؟ فيه أوجه ، أصحها : الاول . ولو قالت : لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد ، فان قلنا : تتوجه المطالبة على الوكيل ،

---

(١) في الأصل : بني .

لم ينقطع طلب الزوج بقولها ، وكذا لو أنكر أصل الوكالة . وإن قلنا : لايطالب ، فهل يتحالفان ، أم تصدق هي ، أم هو ؟ فيه الاوجه .

السادسة : طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان ، فقال الزوج : سبق الخلع فعليك المال ، وقالت : بل سبق الإرضاع ، فانفسخ النكاح والخلع لغو ، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع ، وادعت تأخره ، فالقول قولها بيمينها ، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة ، وادعى تأخر الإرضاع ، وادعت تقدمه ، فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل استمرار النكاح ، ولأن اشتغالها بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح ، كما لو تخالعا ، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً ، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر ، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع .

السابعة : تخالعا ثم قال هو : كنت مكرهة ، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه ، لم يقبل قوله في الظاهر ، وعليه رد المال لاعترافه . ولو ادعت الإكراه ، فأنكر ، صُدّق بيمينه ، ولزمها المال . فلو أقامت بينة بالإكراه ، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة ، فلو لم يصرح بالإنكار ، أو سكت ، أو كانت الخصومة مع وكيله ، فله الرجعة ، إذ أقامت البينة .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بالخلع

ليس له خلع زوجة ولده الطفل ، والخلع على غير الصداق قبل قبضه ، لايسقط حقها منه ، وبعد قبضه وقبل الدخول لايسقط حق الزوج من نصفه عندنا . ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها ، بانت بمهر المثل . وفي « فتاوى

القفال »: لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان . وإن علمت ، نظر إن جرى بلفظ الطلاق ، كقوله : طلقتك على صداقك ، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها ، أم يقع رجعياً ؟ وجهان . وإن جرى بلفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال ؟ وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو خالعها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها ، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا ، فهو فاسد لشرط الإنفاق ، وتبين بمهر المثل . وانه لو خالعها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة ، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها ، لأن الإجارة عقد لازم ، وأنها لو قالت : إن طلقتني أبرأتك عن الصداق ، أو فأنت بريء منه فطلق ، لا يحصل الإبراء ، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل ، لأنه لم يطلق مجاناً . فلو قالت : أبرأتك عن صداقي فطلقني ، برىء الزوج وله الخيار ، إن شاء طلق ، وإن شاء لم يطلق . وفي فتاوى البغوي ، لو خالعها على ثوب هروي وقبلت ، ثم أعطته مروياً فرضيه وأراد إمساكه ، ينظر إن وصفه بالصفات المعتبرة بني[1] على جواز أخذ الزبيب الأبيض عن الأسود . إن جوزنا فكذا هنا ، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلا معاقدة . فإن تعاقدا ، فقالت : جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج ، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد ، أم العقد ، إن قلنا بالأول ، جاز ، أو بالثاني ، فقولان كالاستبدال عن الثمن في الذمة . وإن لم يصفه ، فالواجب مهر المثل ، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة ، وأنها لو قالت : اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر

---

(١) في الأصل : بناء .

وحلف ، فلا رجوع لها عليه بالصداق . ولو كان له على رجل دين ، فقال : اشتريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل ، يجوز له المطالبة بالدين ، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية ، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لايتصور اشتغالها به . وفي صورة البيع لايحصل اليأس عن الدين ، لاحتمال تلف الدار قبل القبض ، أو خروجها مستحقة ، أو ردها بعيب ، وإن الزوج لو قال : خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها ، فعليه الحدّ في الظاهر ، ولا حد عليها ، لأنها تزعم أنها في نكاحه . وأما الباطن ، فإن صدق ، حد ، وإن كذب ، فلا . وقيل : دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطناً ، فعليها الحد ، وأنها لو قالت : اختلعت بثلاث طلقات على مالي عليك من الحق ، فقال : خالعتك بطلقة ، وقعت طلقة بمهر المثل ، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل .

فصل

لابن الحداد

قال : أنت طالق اثنتين ، إحداهما بألف ، فالمقابلة بالألف لاتقع إلا بقبولها . وفي الأخرى وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : لايقع إلا بالقبول ، لأنه علق الطلقتين بالقبول ، ولأنها تابعة للأخرى ، وأصحها عند الشيخ أبي علي : يقع بلا قبول لخلوها عن العوض ، ولأنه لو قال : أنت طالق طلقتين ، إحداهما بألف ، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول ، فكذا هذا . قال الإمام : ولايبعد طرد الوجهين هنا ، فإن قلنا بالأول ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ولزمها الألف . وهل الألف في مقابلة إحداهما فقط ، أم في مقابلتها معاً وإحداهما تابعة ؟ فيه احتمالان ذكرا ووجه .

الثاني : أنه لو اختص المال باحداهما ، لما توقفت الأخرى على القبول ، ولا قرنت طلقتان بائنة ورجعية ، وذلك بعيد . وإن قلنا بالوجه الثاني ، فإن كانت غير مدخول بها ، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت ، فلاتقع الأخرى ، ولو قبلت . وإن كانت مدخولاً بها ، فالواقعة رجعية ، فإذا قبلت ، فهو مخالعة وفيها القولان . فإن جوزناها ، وقعت الثانية بالألف ، وإلا ، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي . أحدهما : لايقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها ، وإذا لم يلزم المال ، فلا معنى للقبول ، وأصحها : يقع وإن لم يلزم المال بمخالعة المحجور عليها . وبالله التوفيق .

* * *

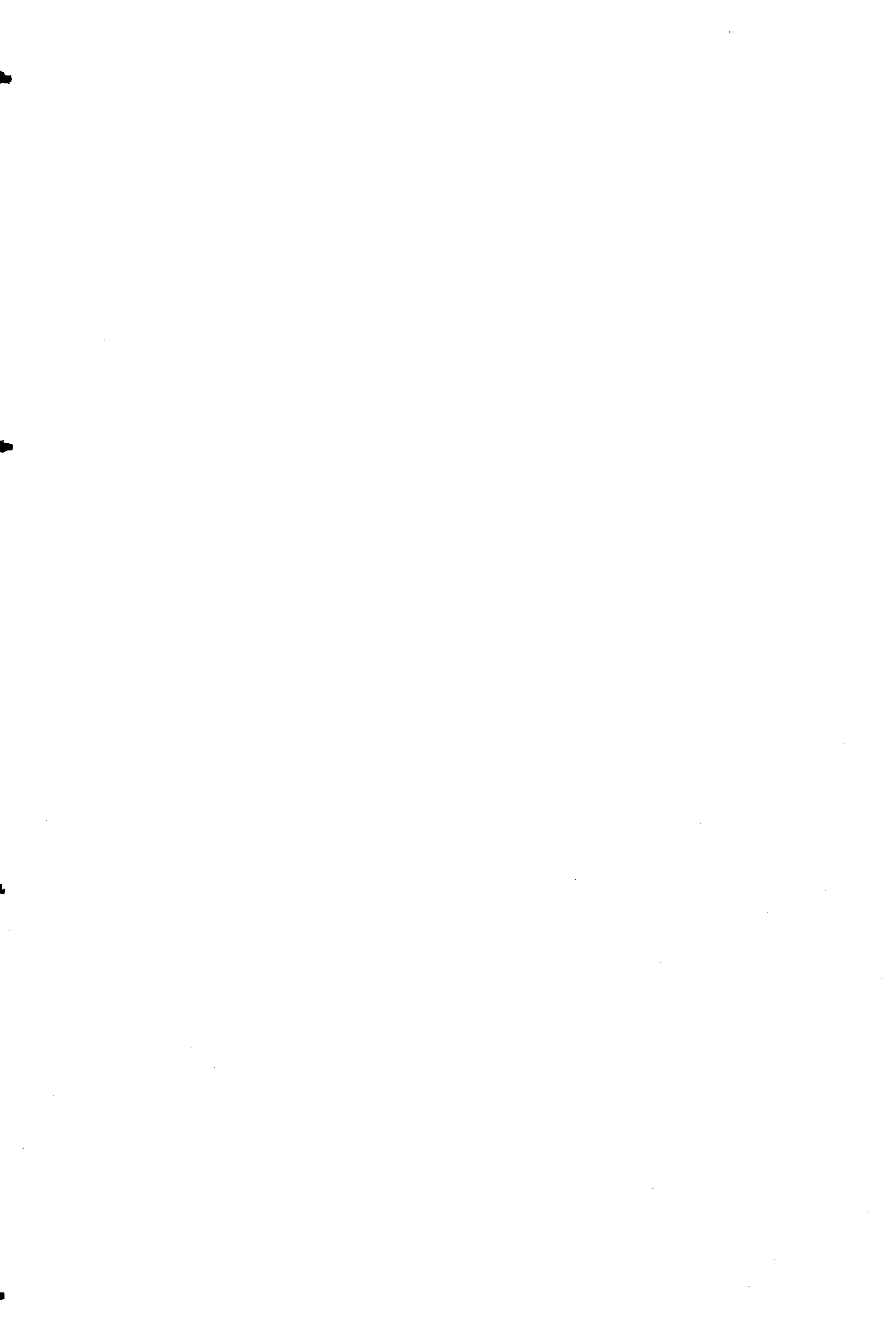
تم — بعون الله تعالى وتوفيقه — الجزء السابع من كتاب

« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي ، ويليه

الجزء الثامن ، وأوله « كتاب الطلاق »

دمشق : ٢٠ رمضان ١٣٨٨ هـ

١٠ كانون الاول ١٩٦٨ م



فهرس الجزء السابع من روضة الطالبين

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضوع
٢٠٧	الحالة الأولى : أن لاتكون موطوءة الابن ، وفيه مسائل .
٢١١	الحالة الثانية : أن تكون موطوءة الابن .
٢١٢	الطرف الثاني : في نكاح الأب جارية الابن .
٢١٤	الطرف الثالث : في إعفاف الأب .
٢١٦	فصل : في المراد بالإعفاف .
٢١٨	الباب الحادي عشر : في أحكام نكاح الأمة والعبد وفيه طرفان .
٢١٨	الطرف الأول : في نكاح الامة وفيه مسائل .
٢٢٤	الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .
٢٢٨	فصل : متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر انفسخ النكاح .
٢٣٣	فصل : في مسائل من الدور الحكمي .
٢٣٣	المسائل التي يقع فيها الدور نوعان .
٢٣٩	فصل : لايجوز للعبد التسري لانه لايملك .
٢٤٠	الباب الثاني عشر : في اختلاف الزوجين في النكاح وفيه مسائل .
٢٤٩	**كتاب الصداق**
٢٤٩	فصل : يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب .
٢٤٩	الباب الاول : في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة .
٢٥٠	الحكم الاول : في أن الصداق في يد الزوج كيف يضمن ؟ وفي ضمانه قولان وفيه مسائل .

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضـــوع
٤٢٤	الطرف الثالث : في تعليقها الطلاق بزمان ، وفيه مسائل .
٤٢٧	الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبي ، وفيه مسائل .
٤٣٠	الباب الخامس : في الاختلاف في الطلاق ، وفيه مسائل .
٤٣٦	فصل في مسائل منثورة تتعلق بالخلع .
٤٣٨	فرع لابن الحداد يتعلق بالخلع .
٤٤١	الفهرس